EL DERECHO CIVIL

Y

LOS POBRES

POR

ANTONIO MENGER

PROFESOR DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE VIENA

VERSIÓN ESPAÑOLA

CON LA AUTORIZACIÓN DEL AUTOR

Y PRECEDIDA DE UN ESTUDIO SOBRE

EL DERECHO Y LA CUESTIÓN SOCIAL

POR

ADOLFO POSADA

PROFESOR DE DERECHO POLÍTICO Y ADMINISTRATIVO

EN LA UNIVERSIDAD DE OVIEDO

MADRID

LIBRERÍA GENERAL DE VICTORIANO SUÁREZ

48, Preciados, 48

1898

Imp. de la Viuda é hijos de Tello, impresor de Cámara de S. M.
Carrera de San Francisco, 4.

ESTUDIO PRELIMINAR

EL DERECHO Y LA CUESTIÓN SOCIAL

I

LOS JURISTAS Y LA CUESTIÓN SOCIAL

Se ha dicho que la llamada *cuestión social* es una cuestión de estómago [1]: pareciendo esto quizá demasiado grosero ó poco humano, se ha afirmado, con mejor sentido, que la cuestión social es una cuestión moral [2]; y recientemente, un espíritu atrevido, ha llegado á pensar que po-

(1) Véase Schäffle, *La quinta esencia del Socialismo*, trad. esp., pág. 3.

(2) Véase Th. Ziegler, *La question sociale est une question morale*, trad. fr.

dría indicarse el remedio para curar ese inmenso dolor, que los economistas con su prosa llaman *cuestión,* diciendo que la cuestión social es una cuestión de método [1]. Probablemente el dolor social, el dolor de los pobres, de los desvalidos, de todos los que no cuentan con el mínimum de lo indispensable para vivir vida de hombres, transformado en cuestión, tiene de todo. Hay en ella, en efecto, mucho que importa á la economía, mucho que toca á la moral, y algo quizá que corresponde á la lógica; pero no sólo esto: como al fin y al cabo, en el fondo de los grandes dolores humanos hay una cuestión de conducta, conducta del que los sufre y conducta de quienes acaso los producen, la cuestión social es además un problema de educación y un problema jurídico.

(1) Véase A. Vazeille, *La question sociale est une question de méthode:* París, 1897.

No voy á tratar ahora del interesante aspecto educativo de la cuestión social, aun cuando allá podríamos ir á parar llevados por la fuerza misma del razonamiento, sino del lado jurídico, desarrollando aquí ideas sugeridas por la contemplación misma de los hechos sociales en su gran complejidad, y que poco á poco se han ido condensando, muy especialmente con la lectura de un libro, obra de un jurista, y á la vez economista y sociólogo, del insigne Menger (1). Es en verdad una coincidencia feliz que el Profesor de Viena sea, no meramente un economista, apasionado por su punto de vista doctrinal, ni tampoco un jurista al uso, de los

(1) *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*. El Dr. Menger ha escrito también un interesante trabajo titulado *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*, y un discurso admirable acerca de la *Función social de la ciencia del Derecho* (*Über die socialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*: Viena, 1895), discurso leído por su autor, como Rector de la Universidad de Viena.

encastillados en los textos, y de los que creen sin vacilar en la santidad indiscutible de la cosa juzgada, en la presunción de que todos los ciudadanos saben todos los artículos de todas las leyes, y en otra porción de *reglas de Derecho,* fuentes inagotables de graves injusticias. Porque, precisamente, uno de los más claros defectos de las doctrinas *sociales* modernas, tal cual aparecen formuladas en los economistas y en los socialistas ó anarquistas, es el que resulta de que las formulan gentes, que apenas si se han dado cuenta de que el Derecho es algo real y vivo, y algo con que inevitablemente se ha de tropezar, cada vez que se quiera transformar, para mejorarla, la condición de los hombres. En el Sr. Menger, la cualidad saliente del jurista, es decir, del conocedor del Derecho, influye poderosamente en su manera de contemplar las cuestiones sociales, infundiendo en la consideración crítica de la situa-

ción actual de las instituciones jurídicas, un alto espíritu vivificante, que sin duda está llamado á purificar la atmósfera, un tanto viciada, en que el socialismo económico y exclusivista se mueve.

Apreciando el Profesor Menger la tendencia dominante en los socialistas alemanes, influídos por Lasalle, Marx y Engels, dice estas interesantísimas palabras: «La crítica del socialismo alemán se dirige casi exclusivamente al aspecto económico de nuestra condición, sin parar mientes en que la cuestión social es en realidad, ante todo y sobre todo, un *problema de la ciencia del Estado y del Derecho* (1).» Antes declara, que aun cuando el socialismo en Alemania dispone de muy distinguidos escritores, no tienen éstos todos los conocimientos jurídicos necesarios para orientar una crítica del derecho positivo. Verdad es que la censura

(1) Ob. cit., cap. I, 1.

fundadísima de Menger podía justamente cambiar de dirección y aplicarse desde otro lado, que no es precisamente el económico, á los juristas, los cuales, la mayoría, viven en plena ocupación jurídica, sin darse cuenta del movimiento social, ni pararse á considerar si ese Derecho que manejan en sus comentarios, en sus consultas, en sus escritos forenses, en sus códigos y en sus proyectos de ley, tienen algún aspecto *benéfico*, *humanitario*, esencialísimo, por exigencias, no del estímulo de la caridad libre, caprichosa y arbitraria, sino del Derecho mismo.

Realmente, si consideramos con atención el concepto reinante del Derecho práctico, que manejan los jueces, los abogados, los fiscales; el que impera en los códigos civiles y penales, como obra de una tradición indomable y consecuencia de una cristalización dura y resistente, nada más antagónico con las necesidades sociales impuestas por las relaciones

económicas modernas, y con las aspiraciones de las masas que sufren ó gimen bajo la miseria fisiológica y psicológica de tan variadas maneras y formas. El jurista al uso, que tiene la superstición de las leyes y de los códigos, se concibe cómo el práctico del derecho positivo, inflexible, especialmente del llamado derecho privado; la fuerza de la tradición romana impera en él; cree en la santidad de la voluntad del legislador, y no puede ir más allá de donde se lo permite el espíritu estrecho de una legislación que, por toda misericordia jurídica, tiene *la gracia de indulto*. Todos los prejuicios, las frases hechas y lugares comunes, obra de las costumbres y condición de vida del Poder público, anidan en su conciencia, y germinan, y fecundan, y se revelan y muestran, cada vez que el conflicto legal se presenta. Suele ser el jurista, en verdad, un hombre artificial, repleto de sentencias jurídicas, y que cree que la jus-

ticia se puede contener en fórmulas, que se han de aplicar con el rigor con que se desenvuelve un razonamiento lógico ó se resuelve un problema matemático.

Por eso, cuando contemplamos la acción del Derecho, de lo que los juristas al uso suelen llamar Derecho, advertimos ese divorcio inmenso entre su función y la función jurídica perenne, que las exigencias variables de la vida social, demandan.

Pero ¿es que ese Derecho de los juristas es *el Derecho?* Incalculables son, ciertamente, los perjuicios y las injusticias que provoca esa tan generalizada confusión del Derecho con la ley escrita, ó aunque sea con la regla que tiene una sanción coactiva del Poder público, ó más todavía, con la regla consuetudinaria que se impone por el influjo coercitivo de la opinión social. Por de pronto, implica un olvido de la vida real, nutrida de energías que transcienden de todos los formu-

lismos, por parte de los principalmente llamados á desenvolver la técnica jurídica por obra de la reflexión (1). Mil combinaciones de la conducta humana; mil relaciones nuevas, ó inadvertidas por el legislador, ó que no han determinado una corriente social fuerte, quedan así fuera del campo del Derecho, porque la ley no las alcanza, cuando no se pone ante ellas como obstáculo que las tuerce con violencia. Y no es esto lo peor: el hábito de considerar la obra práctica del Derecho desde el punto de vista de la defensa y protección social del interés—la ley protege siempre *intereses,*—convierte la idea del Derecho, que implica en el fondo un orden de servicios, de prestaciones libres, en un sistema de medios encaminados á hacer efectiva aquella defensa y aquella protección del interés.

(1) Véase acerca del carácter y función de la técnica jurídica, Ihering, *Esp. del D. R.*, tomo III.

Basta leer á cualquier comentarista de códigos civiles ó penales, ú oir las consultas de los más eminentes abogados, para convencerse de la verdad de cuanto decimos, tanto de lo tocante á la estrechez del criterio legislativo, como del predominio del punto de vista del interés protegido por la ley, en el Derecho.

Generalmente, en los comentaristas se trata más de poner de relieve el lado ó aspecto de las exigencias, mostrando el camino ó caminos para obtener la protección del interés, que no de analizar y exponer los términos imperativos de la obligación jurídica, ampliando, mediante la aclaración del comentario, el círculo ético de aquéllos. De cada cien consultas que un abogado emita, ¿cuántas se formularán en virtud de que el cliente haya preguntado sobre la extensión y carácter de sus obligaciones? ¡Qué más! Uno de los más eminentes jurisconsultos y filósofos del derecho, el ilustre Ihering,

aun cuando en alguna de sus obras (1) atiende con especial cuidado al aspecto ético y benéfico del Derecho, en su libro capital sobre el *Espíritu del Derecho romano* considera éste, casi constantemente, desde el punto de vista del interés y de la protección del interés; el Derecho se refiere, según él, á los intereses humanos, que por haber llegado á la categoría de motivos prácticos, se convierten en intereses jurídicamente protegidos. «Los derechos, dice, son *intereses jurídicamente protegidos:* el Derecho es la *seguridad jurídica* del goce (2),» siendo

(1) Para formar idea completa del pensamiento de Ihering acerca del Derecho, es necesario ver la obra citada y *Der Zweck im Recht*. Ihering no ha desenvuelto el carácter ético del Derecho por entero sino en esta última obra. He procurado exponer el concepto del Derecho de este insigne maestro en mi *Estudio preliminar* á la traducción esp. de la *Prehistoria de los indoeuropeos*: Madrid, Suárez, 1896.

(2) Ihering, *Esp. del D. R.*, tomo IV, trad. fr., página 339.

así lo capital la exigencia, que provoca actos de prestación por los estímulos de la remuneración ó de la coacción del Estado (1).

Ahora bien: así vistas las cosas, el Derecho se confunde fácilmente con el egoísmo; es el egoísmo de los que tienen intereses protegidos, reafirmado por el egoísmo que se pone como móvil de las acciones, en cuanto éstas, como servicios jurídicos, se producen por la esperanza de una remuneración ó por el miedo de una pena. La lucha por el Derecho, que puede ser santa y admirable, v. gr., cuando es una lucha en forma de sumisión y de sacrificio, y cuando entraña una afirmación peligrosa del espíritu de rectitud y de sinceridad, esto es, cuando se convierte en *heroísmo*, según la profunda idea de Carlyle (2), dege-

(1) Ihering, *Der Zweck.*, II, cap. IX.

(2) Véase *Los Héroes*, conferencia sobre Lutero y Knox.

nera, con facilidad, en lucha insana por el interés personal, por el ochavo, por lo que se nos debe, por el terruño, en suma; en lucha de egoísmos en el sentido que, el vulgo de los sociólogos, ha dado á la hipótesis de la lucha por la existencia, de Darwin (1).

Y no hay exageración alguna en cuanto digo. Fijémonos, si no, en el motivo y estímulo de la mayoría de los pleitos; estudiemos lo que casi siempre se ventila en las contiendas llamadas jurídicas ante los Tribunales; analícense los sentimientos de la mayoría de los litigantes, y la idea que del derecho concreto, que se disputa en el ataque y en la defensa de demandantes y demandados, tienen los mismos jueces que han de resolver los

(1) Véase una apreciación de las consecuencias sociales de esta manera de interpretar la hipótesis darwiniana, en mi disertación leída en el *Primer Congreso internacional de Sociología* acerca de *La sociologie et l'anarchisme*.

juicios civiles. ¡Cómo, en verdad, si no fuese todo como es, habrían de revestir el aspecto que á veces revisten los llamados *santuarios* de la justicia humana!

Por otra parte, semejante manera de considerar el Derecho, favorece psicológicamente todas las manifestaciones del espíritu de dominación de los que pueden. En efecto, los que más pueden, son precisamente los que tienen más intereses *jurídicamente* protegibles: si el derecho se formula para proteger exigencias, y se resuelve en *acciones* á favor de los que tienen interés, ¿cómo extrañar que las leyes y todo el derecho positivo se conviertan en un orden de medios al servicio de las clases ricas y pudientes? ¿Cómo extrañar que el Estado se condense en un organismo de instituciones de fuerza, para imponer una sumisión general á preceptos que se traducen en fórmulas de egoísmo en el comercio social? El acreedor, que en las re-

laciones de obligación representa el interés de los ricos, tendrá su acción en derecho, y con ella el corolario del poder coactivo para hacer efectivo el rendimiento económico de la deuda. El desposeído, el pobre, como no representa un interés poderoso, una potencia viva que en la tradición haya consagrado un egoísmo, se hallará siempre en la *lucha por el derecho* en condiciones desfavorables, porque le falta el *poder* que el *interés jurídicamente protegido* supone. Y así discurriendo.

II

LOS POBRES ANTE EL DERECHO PRIVADO

Pero repito que se trata de puntos de vista parciales, exclusivos y por ende incompletos, de los juristas y aun de las gentes en general, que acaso han provo-

cado también la parcialidad y el exclusivismo económico de los socialistas, cuando formulan la concepción materialista de la historia y la orientación de las reformas políticas (1). Precisamente aquí está el mérito positivo del ensayo *jurídico-social* del Profesor Menger. Este se coloca en una posición intermedia entre las corrientes socialistas, para recoger las reivindicaciones de los pobres y convertirlas en exigencias jurídicas, y las afirmaciones capitales en que descansa la concepción reinante del Derecho *privado,* que á pesar de las muchas reservas que yo haría, estimo, sin embargo, fundadísima y de un gran alcance *ético*.

(1) Marx, *El capital.*—Engels, *Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado.*—Loria, *Analisi della proprietá capitalistica. Les bases economiques de la constitution sociale.*—Labriola, *Essais sur la conception materialiste de l'histoire.*—Véase la crítica de C. F. Ferraris, *Il materialismo storico e lo stato* (1897), y Croce, *Sulla concezione materialista della storia* (1896).

Sin pararme, por el momento, á discutir la transcendencia de muchas de las reformas que al analizar el futuro Código civil del Imperio alemán propone, no hay duda de que la orientación humanitaria que sostiene el Profesor Menger, para transformar las condiciones actuales del sistema de la legislación positiva, es profundamente simpática, y abre la esperanza de una posible reconciliación, de las clases pobres, con las representaciones autoritarias del poder de los ricos. Colócase Menger en el punto de vista de los *pobres* (1) al criticar el citado monumento legal, monumento que, por otra parte, condensa muy bien la suma de las aspiraciones jurídicas actuales de las clases

(1) El punto de vista de *los pobres* ha sido considerado por el Profesor chileno Sr. Letelier, en un trabajo muy luminoso titulado *Los pobres*, publicado en el periódico *La Ley*, de Chile (Santiago), y reproducido por *La Administración*, revista española, tomo II, página 602: 1895.

aristocráticas, de la burguesía y de la burocracia, y el máximum de las concesiones del Derecho civil clásico y sistemático, ante las transformaciones democráticas de las clases industriales y de los servidores manuales. Interpretando el Profesor de Viena el espíritu que se advierte en las disposiciones formuladas, como expresión literal de reglas que se estiman justas, descubre las hondas huellas del criterio egoísta del poderoso, que concibiendo el derecho como la condición formal para el pacífico ejercicio del poder, y dueño además de la fuerza material—ejército, policía,—convierte la protección jurídica, en protección predominante de sus intereses, á cargo del Estado. El llamado Derecho privado resulta del comentario del Profesor Menger, cual si fuera hábil red de precauciones, para mantener incólume una tradición de poder y de dominio: el poder y dominio de los ricos. A partir de premisas que son

otras tantas presunciones, que se dicen jurídicas, como la de que la ignorancia no excusa el cumplimiento del derecho, la contraria á la investigación de la paternidad, la que sirve de base á la protección del poseedor, etc., etc., se desenvuelve en una serie de reglas que condicionan el interés económico, con preferencia, á los intereses universales de los derechos fundamentales comunes á todos los hombres: la vida, la salud, el honor de la mujer, la fuerza para el trabajo, etc., etc.

Menger quiere modificar las condiciones en que descansa el régimen actual de la familia, de la propiedad, de los contratos y de la herencia, de un modo prudente, oportunista, pidiendo, no grandes cosas, sino reformas en el articulado de un Código, que determinen en la práctica un cambio en la manera de valorar los intereses humanos, protegidos por la ley; pero el supremo interés social que invoca,

aun cuando á veces no resulte claro, entraña una transformación radical del criterio *ético*, á que debe responder el Derecho positivo, y en general toda la economía jurídica, más radical acaso de lo que el mismo jurisconsulto calcula. Porque al pronto parece como que el Profesor austriaco se detiene en la superficie, y que no penetra en el fondo íntimo de sus mismas pretensiones é ideas. En algunas ocasiones el Profesor Menger parte del mismo supuesto en que se apoyan ó podrían apoyarse las clases ricas, al sostener su tradición de dominio, para reclamar las diversas reformas que los intereses del proletariado exigen; razona así nuestro autor:—El Derecho privado vigente descansa en un concepto de la respectiva potencialidad de las varias clases sociales, que no es real: por tanto, es preciso modificar el concepto, porque la potencialidad de dichas clases ha cambiado; los pobres hoy son legión; son una clase

que, en virtud de los cambios industriales y de ciertas conquistas políticas, tiene poder, tiene fuerza, y por ende (al parecer) debe tener derecho á que sus intereses vitales se respeten. Pero hay en esto, sin duda, el influjo, tan difícil de vencer, del medio y de los conceptos corrientes y generales. Ciertamente: el cambio de potencialidad, ó de poder de las respectivas clases sociales, se ha efectuado tal como el Sr. Menger dice. De ello están bien convencidos los obreros, que para transformar las condiciones económicas del régimen capitalista, forman partidos de clase, al efecto de constituir un instrumento político de acción, fuerte y respetable, y hacer que sus reclamaciones sean atendidas. Mas este hecho no puede convertirse en una razón para pedir *á nombre del Derecho* un cambio de consideración jurídica. Aun cuando los obreros, y los pobres, no fueran una fuerza social capaz de imponer una reforma legislati-

va, se debería pedir para ellos lo que Menger pide, y probablemente muchas cosas más todavía.

Y es que, en el fondo, el supremo interés humano, que puede justificar la crítica reconstructiva del Profesor Menger, es un interés *ético*, un interés *moral*, que tiene un valor *jurídico* absoluto, aunque en sí mismo, por miseria física del sujeto (el pobre), no tenga el poder, y con el poder, la fuerza que se impone y hace respetar frente á las demasías del egoísmo. Acaso no se ha dado plena cuenta de esto el Dr. Menger, por haber planteado el problema del interés, ó intereses de los pobres, con relación al que llamamos *proletariado*, á las clases *desposeídas (besitzlosen Volksklassen)*, económicamente hablando. Hubiera ampliado el insigne Profesor el círculo de su defensa, y seguramente se hubiera impuesto como razón última de su feliz argumentación, el interés ético, la atracción del bien, la

obligación moral, base, en definitiva, de *toda relación jurídica.*

¡Hay, en verdad, más pobres que los obreros, que los criados, que los desheredados de la fortuna! ¡Hay muchos desvalidos aún entre los que por derecho tienen grandes medios económicos! Y para todos es necesario pedir la protección jurídica. Y no importa que esos desvalidos no sean legión, ni partido, y no puedan, por tanto, amenazar con un trastorno social, más ó menos violento, para que sea lícito, ¡qué lícito! absolutamente necesario, reclamar una modificación radical en la orientación jurídica, de suerte que el régimen de protección de intereses económicos, se convierta en régimen tutelar de cuantos le han menester.

En el mismo libro del Sr. Menger hay reclamaciones (1) hechas en beneficio de

(1) Véase para ejemplo cap. II, núms. XVII, XVIII, XXI, etc.

quienes no implican una potencialidad social respetable, y hay además declaraciones de intereses jurídicos esencialmente éticos, cuyo fundamento no es, ciertamente, ninguna manifestación de semejante potencialidad. Así, cuando el Profesor austriaco hace tan elocuentes consideraciones acerca de las graves consecuencias de la lactancia mercenaria, es decir, de esa moda por tantos condenada y hoy tan corriente, según la cual la madre aristócrata, ó burguesa, entrega con facilidad suma el hijo á la nodriza pagada, á fin de evitarse las molestias naturalísimas de la maternidad, é invoca el interés del hijo ilegítimo de la nodriza, el cual va á verse privado del pecho materno y con él de los cuidados indispensables, para no morirse, ó no criarse en la miseria extrema, aunque nuestro ilustre autor escriba expresamente para defender á las clases pobres, el interés que inmediatamente defiende es el del

niño, que no representa personalmente fuerza alguna, ni puede comprometer la paz social, tan estimada por las clases ricas. La mayor fuerza de su argumento es moral; podría formularse diciendo á las madres ricas y sanas: «Mirad, esas horas de comodidad y de recreo que os procuráis, dejando de cumplir el deber que la naturaleza os ha impuesto, como mujeres, no creáis que sólo supone el sacrificio económico del salario que pagáis á la nodriza mercenaria, no: supone el sacrificio... de una obligación sagrada y acaso el de la vida de un pequeñuelo (1)...» Ahora bien: el derecho de este pequeñuelo á no ser privado de los cui-

(1) Es en verdad interesantísimo todo cuanto dice el Profesor Menger acerca de la obligación de dar alimento los padres á sus hijos (cap. II, núms. XVII á XX); pero el punto de vista de los pobres, en el respecto económico, que el publicista mantiene, no le permite seguir en todas sus consecuencias la crítica de las costumbres. El Profesor Menger ve clara la falta de correspondencia entre el beneficio que la

dados maternales, es un argumento esencialmente ético, y por lo que tiene de *ético*, puede transformarse en exigencia jurídica. Porque ¿en virtud de qué se puede poner coto legal á la lactancia mercenaria, recordando el abandono del hijo de la nodriza? ¿Por qué podemos dirigirnos á la conciencia de los ricos, pidiéndoles que sus mujeres, sanas y robustas, sacrifiquen su comodidad en pro del niño miserable que va á perder á su madre? ¿Por qué podríamos también in-

mujer pudiente y sana obtiene, cuando acude á la lactancia mercenaria para criar á su hijo, y el sacrificio que la nodriza y su hijo tienen que realizar, para que la primera sirva á la mujer rica; pero no se fija en el derecho del hijo de ésta, y en las consecuencias que el olvido de este derecho trae para la vida de familia, y por esto no ha podido seguir en todo su desarrollo, la conducta que suele ser tan corriente en las clases ricas, y por la cual, no sólo, aun pudiendo, la madre no alimenta al niño en los primeros meses, sino que luego ni la madre ni el padre continúan desempeñando sus funciones de educadores de sus hijos. La costumbre tan generalizada de los in-

vocar, ante la madre rica misma, el derecho de su propio hijo á los cuidados maternales, cuando causas fisiológicas no lo impidan?

Pues no hay duda: para algo es el hombre persona, y como tal sér de razón, y por ende capaz de darse cuenta, *en conciencia*, de sus obligaciones éticas, sin necesidad del estímulo de la remuneración ó de la pena: podemos pedir todo eso; podemos reclamar con Menger un cambio radical en la condición de los hijos

ternados, sirve á las mil maravillas para aliviar á las clases ricas de los cuidados de la paternidad, á lo menos de las dificultades que supone la dirección interna de los hijos, en la vida íntima del hogar. La nodriza mercenaria, por un lado, descarga á la mujer de su función primordial con sus pequeñuelos, y el colegio, con el internado, por otro, descarga á los padres de las molestias de la educación directa. Quien nada gana con estos descargos es la familia, cuyos lazos necesariamente han de relajarse á la larga, en virtud del abandono relativo de aquellas funciones que son la causa ú ocasión, de las más fecundas relaciones entre padres é hijos.

ilegítimos; otro no menos radical en la de la mujer deshonrada y pobre, y más aún, podemos pedir con toda nuestra alma un cambio profundo en la técnica jurídica de la contratación de servicios, á fin de que el pobre y el desvalido no sean explotados vilmente por la *libertad* del contrato, á nombre de principios morales, en virtud del carácter ético del hombre, porque no debe ser una fiera para el hombre, y porque, después de todo, cuantos esfuerzos ha hecho la humanidad, han sido acaso principalmente para elevarse, consciente ó inconscientemente, de la animalidad á la racionalidad, cada vez más intensiva y expansiva.

III

LA LUCHA Y EL DERECHO.—ORIENTACIÓN ÉTICA

La crítica y la concepción del Profesor Menger piden, en verdad, un amplio complemento. Hay que acentuar su mismo sentido: es preciso persistir en la tendencia que le ha llevado, aunque sea invocando la potencialidad actual del proletariado, á reclamar una más seria protección *legal* para los intereses supremos de la vida, del alimento, del honor, de la salud... en suma, de muchas de las condiciones universales de la personalidad. Mientras así no sea, y mientras no se cambie el criterio reinante en tantos pueblos, por virtud del cual se estiman más los bienes económicos que los inmediatamente personales, y, sobre todo, mientras la fuerza ética no adquiera tal poder en la conciencia social, que la pro-

tección legal, ó de las costumbres, para aquellas condiciones indispensables de la persona, se dispense sin atender al grado de potencialidad del sujeto, no puede sorprender lo que pasa, esto es, que, á nombre del Derecho, se produzcan ó justifiquen las más tremendas injusticias, siendo necesario como es, por lo angustioso de las circunstancias, que, según dejo indicado, los que se sientan injustamente tratados por *el Derecho* positivo ó por el Poder público y la coacción social, tengan que formular sus reclamaciones en nombre del interés económico, con el aparato de fuerzas que da el número, y provocando además el exclusivismo de clase. La indiferencia que respecto del desvalido revela á veces el Derecho positivo, indiferencia que poco á poco se va venciendo por el concurso de influjos muy heterogéneos, no puede menos de provocar la formación de los partidos de clase, como el socialista obrero, al in-

tento de imponer por la fuerza, el respeto de los derechos mínimos indispensables, para hacer vida humana, vida de sér que tiene una dignidad personal.

Realmente, puestas las cosas tal cual prácticamente resultan, cuando el régimen legal se define como un régimen de protección de intereses, por la fuerza coactiva del Poder público, la situación de lucha y de contraposición humana, es muy lógica. Pero quizá esta situación histórica, á que gran parte de la humanidad ha llegado por virtud de una porción de complejísimos motivos, no refleja con la debida exactitud la aspiración íntima de la humanidad civilizada y culta, ó quizá más, de la humanidad de todos los tiempos (1). La lucha por la lucha no es, después de todo, el objetivo

(1) Puede afirmarse esto recordando los pueblos á que H. Spencer se refiere, y en los cuales reina, puede decirse, la idea rudimentaria de la justicia. Véase *Princ. de Soc.*

final del hombre: es un medio la lucha, un estado transitorio para llegar á obtener satisfacciones que acaban con ella. Esto mismo quizá se observa en el mundo animal, y aun en la tendencia general de las fuerzas naturales á seguir siempre la línea de la mínima resistencia (1). En cierto sentido, la evolución histórica ha venido ampliando de un modo creciente, en dos direcciones, el círculo de acción humana, donde la lucha y la contraposición se dulcifican, cuando no desaparecen, para producir criterios de cooperación y de mutuo auxilio, sin conflictos violentos, ó con conflictos que se resuelven sin violencia. Basta fijarse en el papel ideal que desempeñar debieran los grandes Estados, como círculos políticos, donde se contiene, ó pretende contener, un derecho común definido y

(1) He tratado de este aspecto de la cuestión en un artículo sobre *La idea de justicia en el reino animal*. Véase *La España Moderna*, 1893, pág. 122.

aplicado, sin acudir á medios violentos de lucha individual: esto por un lado; y por otro, basta fijarse en la complejidad cada día mayor de las relaciones que se llaman jurídicas, y que implican términos de coincidencia á veces contractual.

Conviene, en verdad, rectificar cierta tendencia que en la sociología existe, á considerar la formación de los malos instintos, de los instintos y facultades propias para la lucha, como la materia más real de la historia *natural* del hombre, y á estimar que las ideas de bien, de moralidad, de derecho, son ideas de una relatividad absoluta, cuyos fundamentos metafísicos impiden tomarlas como *fuerzas naturales*, de una realidad positiva tan indiscutible como necesaria. ¿Por qué razón ha de tener más valor el reconocimiento del elemento materialista y animal del hombre, que el del elemento ético é ideal? ¿Por qué la invocación de las fuerzas éticas, del ideal de armonía, de

caridad, de sacrificio, se ha de reputar como una secuela de principios metafísicos, y en cambio, el egoísmo, con todas sus consecuencias de lucha y contraposición de intereses, ha de pertenecer á la esfera de la observación y de las ciencias positivas? ¿Es que la humanidad puede estimar como un progreso el abandono científico de su porvenir moral, consecuencia de su naturaleza ética, y preparado por la evolución histórica?

Por fortuna, el sentido á que me refiero no es universal, ni me atrevería yo á estimarlo como el que ha de imperar definitivamente en la sociología y en la filosofía del derecho. La esterilidad jurídica de la interpretación materialista de la historia, ha de empujar hacia adelante ciertas aspiraciones á dar una significación *ética* á la vida, hoy muy fuertes ya en altas representaciones literarias (1), y

(1) Este movimiento de renovación del ideal *ético* tiene gran fuerza en Inglaterra y Francia. En Fran-

habrá de provocar la producción de críticas del Derecho positivo, análogas á la que tantas veces hemos citado del Profesor Menger. Por otra parte, es sabido que aun dentro de la escuela sociológica, el problema del origen de la vida social hu-

cia manifiéstase por la tendencia muy acentuada á considerar francamente el problema moral, y en la preocupación bastante general sobre la orientación ética que debe proponerse á la enseñanza, no menos que en el valor que ahora se da en la filosofía á los problemas metafísicos y de la conducta. Puede verse este último movimiento reflejado, v. gr., en la *Revue de Metaphysique et Morale* y en no pocos trabajos de los que constantemente se publican en la *Revue philosophique,* de Th. Ribot. Por otro lado, las obras de M. Bergson (véase *Matière et memoire)*, Boutroux, Lachelier, etc., tienen una alta significación filosófica, como la tenían también, ya francamente ética, los libros del malogrado Guyau *(L'Irreligion de l'Avenir, Education* y *Herencia);* de Fouillée *(L'Avenir de la Metaphysique fondée sur l'experience, Le mouvement positiviste et la conception sociologique du monde, Le mouvement idealiste et la reaction contre la science positive,* etc.), y de otros. Dentro de la juventud, el movimiento á que me refiero tiene muchos y valiosísimos representan-

mana no siempre se estima como un problema que se resuelve por la hipótesis de una lucha. Hay muchos sociólogos que no ven en la lucha el germen de la sociedad, y menos aún la explicación suficiente del Derecho (1). Sin duda, la sociología

tes, especialmente en lo que se refiere á la preocupación que llamaríamos *ética;* podríamos citar á M. Pujo (*Le regne de la grace*, *Essais de critique generale*); Henri Berenger (*L'Effort* y otras publicaciones); Mauclaire, muy especialmente en su hermoso artículo titulado *Reflexions sur les directions contemporaines*, publicado en el *Mercure de France* (Nov. 1897), etc., etc. Dentro de la corriente pedagógica, los nombres de Lavisse, Buisson, Pecaut, del malogrado Marion, representan un sentido ético educativo muy acentuado. Entre nosotros, se ha hecho intérprete del movimiento filosófico universal, insistiendo sobre todo en su carácter metafísico y en las consecuencias religiosas posibles, D. Leopoldo Alas, especialmente en su curso del Ateneo de Madrid (1897) acerca de la *Teorías religiosas en la Filosofía novísima.* Sobre las tendencias éticas de la juventud española, ha escrito el Sr. Altamira con el título *El renacimiento del ideal en España* en la *Bibliotheque universelle, Revue suisse,* etc.

(1) Por ejemplo, Tarde, y en cierto sentido quizá M. de Novicow.

spenceriana, consecuencia muy directa del darwinismo, deja la impresión de que el mundo super-orgánico obedece en general á la lucha por la existencia. M. Letourneau dice expresamente: «El instinto reflejo de la defensa, es la raíz biológica de las ideas del derecho, de la justicia, puesto que es evidentemente la base misma de la primera de las leyes, de la ley del Talión [1].» Pero de un lado, interpretada de un modo general la doctrina de las formas sociales de Spencer, cuando insiste en su *Sociología* en la existencia de tantos pueblos primitivos, pacíficos, honrados, veraces, y cuando explica en *La Justicia* [2] los orígenes y la orientación de esta idea, quizá se encuentren allí datos de importancia para afianzar en bases positivas, el reconocimiento del

(1) Citado por G. Tarde en *Las transformaciones del Derecho*, trad. esp., pág. 32.

(2) *Sociología*, l. c.; *La Justicia*, primeros capítulos.

carácter *ético* de las relaciones humanas, y la necesidad de explicar la formación de las ideas fundamentales en que se apoya el espíritu humanitario, y la elevación moral del hombre, por las tendencias altruístas y por las manifestaciones de la simpatía. Por otra parte, la aseveración de M. Letourneau ha sido contestada cumplidamente por M. Tarde: «Que las nociones directas de que se trata—el Derecho, la Justicia,—tienen una raíz biológica, nada más cierto; pero que esta raíz sea única, ó principalmente el instinto reflejo de la defensa, he ahí lo que está por demostrar. En nuestro concepto, lo es también, y sobre todo, el instinto de la simpatía, condición primera é indispensable de todo grupo social, por la comunicacion contagiosa de las emociones, de los deseos y de las ideas (1).»

El valor social de la simpatía y de los

(1) Ob. cit., págs. 32 y siguientes.

beneficios del mutuo auxilio, ya lo había hecho notar también con argumentación original Adan Smith (1); pero en G. Tarde encuentra la simpatía un fundamento más sólido y una explicación más general por la idea de la imitación, en cuanto ésta supone para la simpatía un arraigo psicológico universal. Y no sólo esto: la tendencia á que me refiero recibirá acaso un poderoso auxilio con la concepción psicológica de los fundamentos de la sociología, desenvuelta muy particularmente por la sociología norte-americana, v. gr., en M. Giddins (2). Buscando este ilustre sociólogo el hecho social elemental, irreductible, que pudiéramos decir, lo encuentra en lo que él llama *the consciousness of kind*, la conciencia de la

(1) Véase *The Theory of Moral Sentiments* y *The Wealth of Nations.*

(2) *Principles of sociology*, tercera edición. Giddins, sin embargo, estima la lucha como de gran valor para explicar la formación de las sociedades.

especie, que puede ser interpretada por la tendencia en cada sér hacia lo semejante, con el impulsivo que explica la cooperación social, que promueve la simpatía, resultando en todo caso, que las manifestaciones sociales no son consecuencia necesaria de reacciones *defensivas*, es decir, no presuponen como condición única la lucha, sino que tienen en la misma *conciencia* del hombre un estímulo positivo: la atracción del semejante, algo así como la fuerza expansiva de la vida, á que ya el insigne y malogrado Guyau se refería (1).

Ciertamente, no es dable todavía razonar las consecuencias que para la noción é inteligencia del derecho, puede tener el trabajo de esta sociología psicológica, y de las hipótesis que explican la vida social, por los motivos internos de la expansión vital y por la fuerza de la simpatía,

(1) *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction.*

porque, en rigor, no ha llegado á la filosofía del derecho el influjo poderosísimo de una renovación sociológica radical, ni menos se ha analizado científicamente el aspecto psicológico de las ideas y de los hechos jurídicos (1); pero aunque sea

(1) No ignoramos los trabajos que, especialmente en Alemania y en Italia, se han escrito en el sentido de reconstruir la filosofía del Derecho con los datos é influjos de la sociología. Respecto de Alemania, puede verse algo de esta orientación en los libros de los Sres. Bouglé, *Les sciences sociales en Allemagne* (1896), y Petrone, *La fase recentissima della filosofia del diritto en Germania* (1895). Las obras de Ihering, Merkel, Lasson, Kirchmann, y especialmente los trabajos de etnografía jurídica de Post, tienen una importancia, sin duda, grande. En *Der Zweck im Recht*, de Ihering, hay, ciertamente, datos importantísimos para una reconstrucción ética y realista del Derecho, como los hay en los trabajos de Schaffle para la del Estado. Por otra parte, la historia de la filosofía del Derecho en Alemania tiene una tradición ética, de gran valor, que sólo espera el trabajo reconstructivo que el influjo sociológico permitirá en lo porvenir. En Italia, la literatura sociológico-jurídica es abundantísima: basta recordar las obras de Vadala-Papale,

prescindiendo de todo esto, si el Derecho es algo más que una pura abstracción, al modo como lo concebía la escuela del Derecho natural; si es cosa de más substancia, más humana, más de la vida real de las pasiones, de las aspiraciones, de las necesidades del hombre, que las reglas secas y cristalizadas de los códi-

Schiattarella, Anzilotti, Vanni, Loria, Vaccaro, Fragapane, Majorana, Carle, d'Aguanno, Di Bernardo, (Véanse detalles en Dorado, *El positivismo en la ciencia jurídica y social italiana.)* Pero, á pesar de esto; á pesar de la significación de algunos otros trabajos de escritores de otros países, como Tarde, Durkheim, Fouillée, Worms, Balinski, Costa, y de las investigaciones acerca de los orígenes de las instituciones jurídicas (véase mi estudio crítico expositivo, *Theories modernes sur l'origine de la famille, de la societé et de l'Etat:* París), no puede afirmarse que haya llegado el momento de una sistemática reconstrucción de la filosofía del Derecho fundada en la tradición ética, tan clara en Krause, por ejemplo, y apoyada en todas las investigaciones, sugestiones y resultados más ó menos positivos, de la sociología. Por de pronto, la sociología aún no ha sido explicada bajo todos los aspectos que su objeto complejísimo exige: el lado físi-

gos; si el Derecho, en suma, expresa la forma propia de la conducta racional según exigencias *éticas*, y abarca todos los esfuerzos humanos para traducir en obra buena y sana, lo que se cree en conciencia que se debe hacer ante el mundo de necesidades, de dolores, de penas, que solicitan nuestra actividad, es realmente

co y biológico de los fenómenos sociales se ha investigado muchísimo á la luz de los procedimientos positivos; no así el lado psicológico y ético, y aunque, sobre todo, el aspecto psicológico, ó mejor dicho, la relación psicológica de la sociología, está siendo hoy objeto de preferente atención por los sociólogos norte-americanos, v. gr., sin embargo, no es ocasión todavía de recoger las consecuencias para el Derecho. El interés que la relación de la psicología con la sociología despierta entre los sociólogos norte-americanos, lo demuestra palmariamente el número de estudios que acerca del asunto se escriben. Véase, por ejemplo, Giddins, ob. cit., lib. I, cap. II; lib. II, cap. II; W. Small y G. F. Vincent, *An introduction to the study of society*, lib. V, Lester F. Ward, en sus diversos artículos publicados en *The American Journal of sociology*, bajo el título común de *Contribution to social philosophy;* este autor trata especialmente de la cuestión en el núm. 5.

una gravísima equivocación, un error pernicioso, considerar como obra del Derecho la obra de la legislación positiva, inspirada sólo en las ideas de poder y de dominación. No puede, en verdad, ser esto el Derecho.

IV

TRANSCENDENCIA MORAL Y SOCIAL DEL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO

El Derecho se revela en la conciencia individual y social—v. gr., en el pueblo, en la ciudad, en la nación...—como el lazo que une á la personalidad, hasta donde ésta se da cuenta, con el resto del mundo: como supone una relación entre quien contempla una necesidad no satisfecha y se siente con *capacidad* (medios, poder) para satisfacerla, y quien sufre por la necesidad pendiente, entraña una fuerza de cohesión, de inclina-

ción *ética* y *benéfica*, que no se traduce indispensablemente en un poder material al servicio del necesitado, sino más bien en un elemento atractivo, que obra sobre la conciencia del que ha de poner de su parte cuanto *pueda*, para que la necesidad quede satisfecha y el necesitado con lo que le hace falta. La cohesión nace, naturalmente, de las tendencias simpáticas que deben resultar á consecuencia de la acción de satisfacción que verifica el que ha sentido el estímulo ó acicate de la necesidad pendiente, como deber. El poder material, como poder exterior que se impone á la voluntad del que, siendo obligado, no cumple su obligación, nada tiene que ver, como tal, aquí con el derecho; el poder material, sin carácter coactivo, se manifiesta al cumplir espontáneamente la persona misma el derecho, al determinar ésta su actividad, poniendo en acción sus energías, en virtud de sus facultades, de su

capacidad, de *su poder,* en suma (1).

La fecundidad moral de este punto de vista ético y psicológico, á la vez, del Derecho, así como la transcendencia social que de su conveniente desarrollo en la vida de las relaciones humanas puede resultar, son, á mi ver, evidentes.

(1) Los límites en que tenemos que exponer aquí la idea del Derecho, nos impiden desarrollar todos los supuestos necesarios que es preciso dar como sabidos. La orientación responde á las enseñanzas jurídicas que se desprenden de los trabajos de los Sres. Giner (Notas á la *Enciclopedia jurídica*, de Ahrens; *Estudios jurídicos y políticos; Teoría de la persona social en los sociólogos y juristas de nuestro tiempo*, publicado en diferentes números de la *Revista de Legislación*, tomo LXXVI; *La idea de la personalidad*, en *La España Moderna*, tomo II; *El Estado de la persona social*, en la *Revista de Legislación*, tomo LXXXIX; notas á *La idea del Derecho*, de Roder, y otros trabajos, así como los *Principios de Derecho natural* y el *Curso de Filosofía del Derecho*, en colaboración con D. A. Calderón); Alas, *El Derecho y la Moralidad;* Costa, *Teoría del hecho jurídico individual y social; La vida del Derecho*, y otros. La corriente filosófico-jurídica que la deriva-

La fecundidad moral se revela con sólo contemplar desapasionadamente la marcha efectiva de la vida jurídica real. En efecto: ya queda indicado de qué modo esteriliza la acción regeneradora del Derecho su consideración exclusiva como atributo del Poder público, como exi-

ción krausiana en España, sobre todo merced al esfuerzo original del Sr. Giner, ha producido, es la que ha insistido, probablemente con más fuerza que en ningún otro país, en el reconocimiento del contenido ético del Derecho. De su conjunción con los estudios sociológicos, puede esperarse algo para la renovación de los conceptos fundamentales positivos del Derecho. Conviene citar, como trabajos sociológicos y jurídicos más ó menos influídos por las preocupaciones filosóficas á que nos referimos, de un lado las diferentes obras de la insigne Doña Concepción Arenal sobre Derecho penal, régimen penitenciario, cuestiones de beneficencia y educación (véanse sus *Obras completas);* de otro, los estudios sobre Derecho penal de Pedro Dorado *(Problemas de Derecho penal, Problemas jurídicos contemporáneos).* Véanse noticias y datos más detallados en mis *Tratados de Derecho político*, tomo I, y de *Derecho administrativo*, tomo I.

gencia traducible en vías de hecho, por medios coercitivos. En cambio, ¡cuán rica en buenas y beneficiosas consecuencias no es la consideración del Derecho como obra espontánea de la conciencia personal, como expresión del amor y del deber! ¡Quién puede calcular los gérmenes de regeneración moral que entraña la idea según la que el Derecho, aunque supone siempre una relación de utilidad, una exigencia, no depende para su pleno cumplimiento del esfuerzo que con su poder verifique quien se cree *con derecho* á reclamar una cosa, sino más bien del movimiento íntimo de la conciencia del que se *reconoce con el deber* de verificar una prestación!

Son, á este propósito, muy sugestivos el estudio verificado por el Profesor Menger acerca del *diligente padre de familia*, el tipo jurídico medio, que obra con arreglo al Código civil, y que viene á ser para éste el perfecto cumplidor del

Derecho, y su comparación con el *hombre honrado* (1), á saber, el tipo jurídico medio—que no es un cristiano canonizable, ni un tolstoiano...—pero que tiene clara noción, no sólo de las exigencias generales del Código, sino de sus obligaciones, en una medida intensiva y extensiva regulada por su posición social, v. gr., de patrono, de amo, en suma, de hombre de medios. Ampliando bastante las concepciones respectivas de estos dos tipos jurídicos, podríamos figurarnos el *diligente padre de familia* como el tipo jurídico (?) ideal del hombre que no tiene más noción del Derecho que la que puede resultar: por un lado, de sus pretensiones jurídicamente protegidas, según los términos de Ihering (2), y de otro, de las redes, no muy tupidas, del Código penal. Este hombre es el que obra, digámoslo así, *jurídi-*

(1) Véase ob. cit., cap. IV, núms. LI y LII.
(2) *Esp. del D. R.*, IV, l. c.

camente, por los estímulos que el mismo Ihering llamaba de la *remuneración* y *de la coacción;* el avaro, usurero que presta al 50 por 100, aprovechándose de la penuria ó de las locuras del desgraciado que cae en sus garras; el empresario que obliga á trabajar doce horas diarias á sus obreros, si la ley no lo prohibe; el burgués, que no se cuida del miserable que á su puerta gime de hambre, mientras él celebra deliciosamente, v. gr., la Noche-Buena; la madre, que por dormir tranquila, á pesar de estar dotada por natura superabundantemente, entrega su hijo á las manos mercenarias de una nodriza, la cual, á su vez, ha tenido que abandonar en el Hospicio ó en la miseria á su hijo; el deudor, que niega una deuda real, pero que no puede probarse; el marido, que falta á la fe del matrimonio sin *escándalo;* el padre, que no educa convenientemente á sus hijos... todos esos pueden ser quizá *diligentes padres de fa-*

milia en el sentido corriente y positivo de la frase.

¿Pero representan también el tipo del hombre honrado? Jamás. El hombre honrado, el hombre de bien, sin dejar de ser hombre de mundo, sin dejar de pecar unas cuantas veces al día, porque la humanidad es, según el Evangelio, de flaca condición, es el que obra, no sólo por el estímulo de la remuneración, y aun por el de la coacción, sino también, y sobre todo, por los otros dos estímulos que el insigne Ihering consideraba indispensables para llenar las amplias lagunas del egoísmo, por supuesto, aun del egoismo bien entendido, á saber: por los estímulos del *deber* y del *amor*. Ese hombre honrado no se crea que es un hombre ideal, abstracto, imposible; no es una representación poética imaginativa. Podría ser (no lo es aún) el hombre corriente. Lo saludamos, *á veces*, en la vida diaria. Aun en las sociedades rudimentarias

lo ha habido y lo hay. El salvaje, en la medida de su escaso desarrollo emocional é intelectual, puede ser el hombre honrado. El toda, pacífico, dulce y afable, de que nos habla H. Spencer; el santal, que posee un vivo sentimiento de lo justo, y todos aquellos otros que, según el mismo autor, sienten un raro respeto hacia los derechos ajenos (1), son quizás hombres honrados. Y á éstos, y á todos cuantos en la historia, bien sea en el seno de lo desconocido, en la vida anónima, bien en las alturas de lo heróico, han sido *honrados*, es á quienes la humanidad deberá su salida del estado aquél á que Hobbes se refería y en el cual el hombre es lobo para el hombre.

La transcendencia que para la regeneración social puede tener una orientación científica del Derecho hacia la ética, y

(1) Véase Spencer, l. c. Véase mi libro ya citado, sobre *Las teorías modernas*, etc.

otra orientación paralela de la ley, en el sentido que hemos procurado descubrir en la crítica del Profesor Menger, resulta clara teniendo en cuenta lo que al principio ya decíamos. En efecto: la cuestión social, que en definitiva implica el problema de la disminución del dolor en los que sufren, de la elevación moral de todos, con la difusión universal del mínimum de medios económicos, políticos, educativos, hasta el punto de que ningún sér humano deje de gozar prácticamente de las condiciones capitales de la personalidad; la cuestión social, digo, se irá resolviendo á medida que el tipo del hombre honrado se haga carne, ó bien penetre como ideal realizable en la conciencia de las clases que pueden, y de las que pueden menos. Lo esencial es convertir el derecho, desde el punto de vista de su cumplimiento, en deber, despertando cada día más la conciencia ética en todos, especialmente en las clases domi-

nantes ó que poseen medios superiores económicos, intelectuales ó de habilidad; porque preciso es ir convenciéndose de que únicamente ampliando el círculo de las obligaciones, en la medida en que cada cual sea capaz de sentirlas y pueda cumplirlas, y despertando en el espíritu individual y social ideas de sacrificio, de amor, de bondad, de tolerancia, por la sugestión reflexiva de los buenos instintos, según la originalísima idea de Guyau [1], se conseguirá lo que de un modo harto imperfecto apenas si se consigue, con los medios violentos de la imposición y del dominio.

Y tiene esto una base psicológica real de gran importancia. Los actos más fecundos no son los que el individuo verifica forzado bajo la presión del temor, sino los que nacen espontáneamente en virtud del íntimo convencimiento de su

(1) Véase sobre todo *La educación y la herencia.*

necesidad y bondad, porque entonces es cuando el espíritu realmente los elabora y pone en ellos todo el valor particular, de su carácter y tendencias. Por eso, la acción que más legítimas esperanzas puede despertar de una modificación, sin duda lenta, del actual estado de las relaciones sociales, muy especialmente de las relaciones que implican un interés económico, es la que se dirige á formar el *hombre interior*, es decir, la conciencia moral de las personas. Y he ahí por dónde la cuestión social tiene, como al comenzar decía, un aspecto *pedagógico*, porque obra de la educación, en un sentido amplísimo, es, sin duda, la de formar el carácter ético de los hombres, de suerte que se conduzcan en la vida, según la ley del deber y por los estímulos del amor.

V

LAS LEYES Y LA REFORMA JURÍDICA Y SOCIAL

Pero quizá se observe por quien haya seguido con cierto cuidado mis razonamientos: si lo capital es formar el *hombre interior;* si lo esencial es que la idea del Derecho penetre como deber en la conciencia individual y se condense como instinto, hábito ó costumbre en la vida del pueblo; si, además, la fecundidad social de la obra jurídica parece que va á depender, del actuar espontáneo del individuo racional y del influjo directo ó indirecto, de los instintos sociales movidos por el Derecho, ¿qué valor puede tener la reforma legal? ¿A qué ponderar la crítica de un Código civil porque en ella se persiga tal ó cual objetivo ético? ¿Qué significación y alcance pueden tener las modificaciones propuestas al articulado de

un monumento legal? ¿Cabe, en verdad, hablar de la *eficacia* positiva de una orientación moral de las leyes?

Me falta espacio para acometer de frente el problema que esas preguntas suponen, pues desde luego se comprenderá que la respuesta plenamente razonada á las mismas entraña como resuelta la cuestión del fundamento racional de la obra legislativa. Pero repito que no tengo espacio, ni por el momento cuento con la preparación suficiente, para estudiar el asunto con todo el detenimiento que exige y que acaso algún día le dedique (1). Ahora, sin necesidad de penetrar muy allá en el problema fundamental, creo poder contestar satisfactoriamente á las preguntas formuladas, v. gr., de esta manera.

Prescindamos, tan provisionalmente como se quiera, del fundamento racional,

(1) Véase mi *Tratado de Derecho político*, tomo I.

de la ley; tomando las cosas como están, es decir, aceptando el hecho real de que, en efecto, hay leyes que se reputan la obra reflexiva del Estado, ó de su órgano, el Gobierno, mediante las que éste formula su ideal de protección jurídica y de conducta social, en éste ó aquel orden de relaciones, no puede menos de reconocerse que, aparte la eficacia positiva del mandato legislativo, eficacia que depende, claro es, del grado de moralidad de quienes lo hayan de cumplir, la ley tiene siempre cierto valor é influjo educativo; puede tenerle sugestivo, y de seguro lo tiene como medio de difusión de la voluntad é ideas del legislador. Ahora bien: siendo esto así, ¿puede nadie poner en duda que sea conveniente procurar la reforma de las leyes en un doble sentido, á saber: llevando á sus preceptos formales la protección de los intereses, por sí mismos indefensos, de los pobres, de los desvalidos, y, además, introduciendo en

ellas el espíritu ético que sustituya el criterio, aún reinante en tantas relaciones, de dominación y de exigencias, por el más humanitario de la necesidad de prestar ayuda y tutela colectivas á cuantos por *cualquier motivo* las requieran? Claro es que nadie pensará que ha de bastar que un Código civil, por ejemplo, inscriba en su articulado una disposición encaminada á aliviar la condición de la mujer pobre, deshonrada, ó bien á mejorar la posición del obrero en el contrato de servicios, para que, ya y sin más, se dé por conseguido el mejoramiento de la una y del otro. ¿Pero no será mejor que la ley se manifieste convencida del derecho que tienen esos *dos desvalidos* á una protección por parte del Poder político? No debe olvidarse que para una porción de gentes, para multitud de *diligentes padres de familia*, la ley es un verdadero oráculo, es una fuente de moral; lo que ella dice, si no es el derecho, por lo menos es algo

á que la conducta debe acomodarse, porque de no hacerlo así puede incurrirse, v. gr., en una indemnización de daños y perjuicios. Y aunque éste no sea el ideal de una conducta jurídica, puede ser el comienzo de ella, y, sobre todo, puede significar el alivio real de la persona *legalmente* protegida. Por otra parte, muchísimas gentes, notoriamente honradas, sienten cierta superstición por la ley, considerada ésta como la representación más alta del pensamiento social: lo que la ley dice es para ellas sagrado, y por tal modo puede la ley ser fuente sugestiva de un cambio de conducta beneficioso, para provocar costumbres é instintos de caridad y de amor. ¿Qué puede, en suma, perder la moral de las sociedades con que las leyes se inspiren en las tendencias más profundamente justas? Nada, y en cambio puede ganar mucho. Realmente, cada disposición legal que contiene el sacrificio de un interés, del que puede, en beneficio

del necesitado y que, por tanto, supone, teóricamente al menos, un paso en el pensamiento del legislador hacia el reconocimiento libre, voluntario del derecho indefenso, si no determina desde luego la práctica y positiva consagración de tal derecho, por lo menos implica la posible desaparición de un obstáculo, por pequeño que sea, de tantos como existen en las leyes mismas, para que se haga efectiva la fusión plenamente humana de las clases sociales, hoy en pie de guerra y acariciando un porvenir de luchas.

Ciertamente, repetiré una vez más para terminar, no debe esperarse que el cambio radical de condiciones en el organismo de las relaciones sociales, que la resolución de la llamada cuestión social requiere, se efectúe *sólo* por medio de reformas legislativas. En lo principal, el cambio habrá de venir *de dentro á fuera*, por la sugestión de buenos instintos en todos, ricos y pobres, señaladamente en

los ricos; el cambio, además, ha de iniciarse en las ideas, empezando acaso por buscar las raíces psicológicas y positivas de nuestra naturaleza ética, y transformando en el sentido que esto supone, toda la concepción jurídica reinante, hasta que impere en las costumbres, y hasta que las leyes mismas no puedan ser de otra manera que de aquélla que la ética del Derecho exige. ¡Quién puede predecir la transformación que sufrirá la idea del Derecho cuando los juristas sientan de veras el fuertísimo renacer de la ética que hoy por do quier se anuncia en la Literatura, en la Filosofía y en la Sociología misma! Pero téngase en cuenta que siendo como es el todo social una complejísima trama de energías, de ideas, de acciones y reacciones, y produciéndose en él el movimiento, por los mil caminos misteriosos de la sugestión (1), de la imi-

(1) Guyau, obras citadas.

tación [1], de las ideas fuerzas [2], de la impresión del espíritu [3], no es lícito rechazar por ineficaz ninguna manifestación ostensible, que revele el reconocimiento del ideal ético y entrañe la consagración de la justicia. Por eso la reforma legislativa, en el sentido que señala la crítica del Profesor Menger, puede ser fecunda, aunque no sea más que para precipitar la solución jurídica de la llamada cuestión social.

Adolfo Posada.

Oviedo, Febrero 1898.

(1) Tarde, *Les lois de l'imitation*, *Le Logique sociale*, *L'Opposition universelle*.

(2) Fouillée, *Psychologie des idées forces*, *L'Evolutionisme des idées forces*.

(3) Véanse las ideas de Durkheim en sus libros *La division du travail social* y *Les regles de la Méthode sociologique*.

PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN

La ciencia del Derecho civil en el presente siglo ha hecho grandísimos progresos en lo tocante á los métodos tradicionales. Nuestros juristas no sólo han dado forma al sistema del Derecho privado hasta en sus más pequeños detalles, sino que también han recogido y elaborado en gran medida los fundamentos históricos. Pero ¿cómo se encuentran los pueblos ante este Derecho privado tan ampliamente desenvuelto? ¿Cómo se encuentran, especialmente las clases populares pobres, que forman la gran mayoría? Esta cuestión decisiva ningún jurisconsulto la ha planteado. El trabajo siguiente se encamina, no á responder á la pregunta, sino á iniciar y á preparar la respuesta.

Mi libro sale bajo la forma de un estudio crítico del Proyecto de un Código civil para el Imperio alemán. Difícilmente se podría encontrar en los tiempos pasados y en los presentes una obra legislativa que favorezca á las clases ricas con tanta parcialidad, y que con tanta franqueza ponga de manifiesto esta protección, como el Proyecto alemán. Espero, sin embargo, que las ideas aquí expuestas puedan resultar útiles aun fuera del límite indicado.

Este trabajo se ha publicado antes en el *Archiv für sociale Gesetzgebung und Statistik*, dirigido por el Dr. Enrique Braun. Los capítulos I al IV (números I–LIII) se publicaron en las entregas 1.ª á 3.ª del año 1889; el resto en la 1.ª de 1890.

Viena, 12 de Enero de 1890.

ANTONIO MENGER.

PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN

El intervalo entre la primera y la segunda edición de este libro ha sido tan corto, que no encuentro motivo alguno para hacer en él grandes modificaciones. Puedo, pues, presentar la segunda edición como una revisión tan sólo corregida en algunos artículos. De buena gana hubiera tomado en cuenta los tan numerosos juicios de mi trabajo, que de muy diversos puntos han llegado hasta mí, parte por la prensa, parte por medio de correspondencia privada: sin embargo, un estudio de esta naturaleza alargaría una obra destinada al gran público, más de lo debido. Quizá me sea posible apreciar esta discusión, en parte muy interesante, más tarde en otro sitio adecuado.

Baden, 10 de Agosto de 1890.

EL AUTOR.

CAPITULO PRIMERO

LA PARTE GENERAL

I

PUNTO DE VISTA DESDE EL CUAL SE CONSIDERA EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL ALEMÁN.

La publicación del Proyecto de un Código civil alemán provocó inmediatamente una grandiosa agitación intelectual en Alemania. Todos los centros de vida que tienen algún valor en la sociedad actual no tardaron mucho tiempo en afirmar y sostener sus puntos de vista frente á la nueva producción legislativa. En primer término, como era natural, los juristas sometieron el Proyecto á una crítica, en donde hubo de manifestarse

muy principalmente el tradicional antagonismo entre romanistas y germanistas. Defendieron también sus intereses, ya mediante la publicación de estudios en sus periódicos, ya mediante escritos independientes, todas las clases y profesiones, la alta y baja nobleza, la industria y el comercio. Por último, fué preciso tener en cuenta los intereses de las corporaciones religiosas, de las cuales se trata en algunas de las partes del Proyecto.

Sólo un punto de vista ha dejado de sostenerse quizá en aquella amplia discusión, y eso que el grupo popular, á quien afecta, comprende por lo menos cuatro quintas partes de la nación entera: tal punto de vista es el que interesa á las clases pobres. No hay duda de que el socialismo dispone en Alemania de muy distinguidos escritores; pero no tienen éstos los conocimientos jurídicos adecuados, indispensables para hacer una crítica eficaz de una ley tan vasta. De otro lado, merced al influjo de Lasalle, Marx y Engels, la crítica del socialismo alemán

se dirige casi exclusivamente al aspecto económico de nuestra condición, sin parar mientes en que la cuestión social es en realidad, ante todo y sobre todo, un problema de la ciencia del Estado y del Derecho. Perteneciendo yo á esa pequeña minoría de juristas alemanes, que sostienen en el campo del Derecho los intereses del proletariado, he estimado como un deber tomar en esta importante cuestión nacional la defensa de los desheredados.

Una crítica cual la presente, del citado Proyecto de ley, debe hacerse dentro de ciertos límites, si no se quiere faltar *a priori* á las condiciones de un éxito de carácter práctico. En mi estudio titulado *El derecho al rendimiento íntegro del trabajo*, he expuesto el sistema del derecho socialista en sus bases fundamentales, y no sería difícil someter el Proyecto á un juicio, desde el punto de vista de las ideas de dicho derecho. Sin embargo, no seguiré tal procedimiento, ahora inoportuno. Los compiladores del Proyecto tuvieron la intención y el deber de procurar un Código, elaborado únicamente

sobre las bases del Derecho privado: así que una crítica, para ser útil, debe presuponer tales bases como hechos preexistentes. Mi propósito, pues, no puede encaminarse sino á demostrar de qué modo los intereses del proletariado se hallan perjudicados y sin suficientes garantías en el nuevo Proyecto, aunque sea reconociendo como punto de partida los principios fundamentales de nuestro moderno Derecho privado.

II

BASES DEL DERECHO PRIVADO.—PROPIEDAD.—LIBERTAD CONTRACTUAL.—DERECHO HEREDITARIO.

Las afirmaciones más importantes, merced á las cuales nuestro Derecho acerca de la propiedad se distingue del sistema jurídico socialista, y que, por consiguiente, han sido acogidas en el Proyecto de Código civil alemán, son las siguientes:

1.ª Todas las cosas pueden ser propiedad de los particulares, mientras no exista una excepción legal (principio de la propiedad privada).

2.ª Por regla general, todo ciudadano es libre para obligarse, respecto de otro, á entregar cosas y ejecutar actos; pudiendo, como consecuencia, ser constreñido al cumplimiento de su promesa (principio de la libertad de contratar).

3.ª Cuando la ley no prescriba otra cosa, los derechos de propiedad de una persona pasan, después de su muerte, á los individuos que ella misma ó la ley designe como herederos (principio del derecho hereditario).

El derecho de propiedad según está elaborado en el Proyecto, al igual que en todos los demás Códigos civiles, merced á las bases que tales principios suponen, debe ser considerado tan sólo como una de las soluciones imaginables. En el sistema del derecho socialista se afirma precisamente todo lo contrario de las indicadas fórmulas. Fuera de ciertas excepciones, las cosas son propiedad del

Estado, ó bien de sus corporaciones; el individuo está, por lo común, obligado á comprometerse sólo por el Estado, y el paso de los derechos de propiedad, hasta donde éstos sean reconocidos en el Estado socialista, no puede verificarse, á la muerte de quien los tiene, sino dentro de límites dados.

De las dos fuerzas impulsivas que en la actividad humana predominan, á saber: el egoísmo y el sentido de cooperación, la primera es la que forma la base, casi exclusivamente, del sistema del derecho privado, y la segunda aquélla sobre la cual se funda el sistema del derecho socialista. Tal relación ha sido ya de antiguo reconocida con respecto al derecho privado, puesto que los mismos jurisperitos romanos estimaban éste, como aquella parte del Derecho destinada á promover los fines prósperos del individuo, en su particular existencia. Considerando el modo como se ha originado nuestro sistema del derecho privado, no puede maravillar á nadie el que, en todas las cuestiones fundamentales, nuestro

Derecho civil haya escogido las soluciones aceptadas por el egoísmo individual.

III

ORIGEN DEL DERECHO.—SE RECHAZAN LAS TEORÍAS DE LA ESCUELA HISTÓRICA Y DEL DERECHO NATURAL.

Los caracteres fundamentales de nuestro sistema de Derecho, y especialmente del privado, han sido fijados por la *costumbre*, mucho antes de nuestro conocimiento histórico. Así, pues, cuando en el curso de la evolución, el Estado y la legislación llegaron á ser cosa de la historia, no tuvieron otra tarea que la de completar y determinar más detenidamente, los perfiles del sistema del Derecho, que en sus elementos esenciales estaban ya señalados. Habiéndose originado las bases fundamentales de nuestro actual ordenamiento jurídico, de la costumbre, síguese necesariamente que la elaboración del sistema del Derecho no

se efectuó en interés de las grandes masas, sino en beneficio de alguna casta privilegiada.

En las condiciones originarias de la humana estirpe, según se puede ver constantemente en toda reunión desordenada de varias personas, no se reconocía ni un orden de derecho, ni atribuciones á éste referentes de parte de los particulares, sino que más bien se encontraban frente á frente intereses tan sólo, los cuales se hacían valer y se sostenían con mayor ó menor éxito. En esta lucha de intereses, los fuertes y los poderosos debían, naturalmente, vencer á la gran masa de los débiles y de los impotentes. En un principio, semejante poder provenía únicamente de determinadas virtudes personales: del valor, ó de la habilidad intelectual ó física; más tarde, después que se llegó á formar una normalidad jurídica, las indicadas cualidades personales se encontraron sostenidas por los derechos adquiridos, que al fin acabaron por sustituirlas. A medida que en los conflictos de intereses los fuertes sabían

afirmar sus provechos y beneficios á costa de los débiles, ocurría, que en los fuertes mismos, arraigaba el convencimiento de que harían valer también en el porvenir sus intereses, al par que los débiles perdían en idéntica proporción la esperanza de poder arrojarlos más tarde de las posesiones conquistadas; por lo que al cabo, tanto en los elegidos como en los excluídos, surgió la conciencia de la necesidad de tal estado de cosas, y con ella la de la existencia de un derecho. Hoy mismo puede verse en todos los Estados que, en los diferentes conflictos, los intereses de los poderosos—especialmente en la vía legislativa—se conceptúan como derechos.

Dado que las bases de nuestro sistema jurídico descansan sobre un derecho consuetudinario, y éste es, en substancia, el resultado de una lucha de intereses, con éxito favorable, entre poderosos y débiles, la regulación del derecho de tal modo originada tenía que ser muy perjudicial para las clases bajas de la sociedad. Así, cuando la legislación del Estado comenzó

á desenvolver, siempre en una extensión creciente, la propia actividad, se dedicó á sancionar el tradicional estado del Derecho con leves modificaciones, pudiendo en realidad afirmarse, que nuestro actual sistema jurídico, es una primera tentativa para regular las condiciones del hombre; una tentativa cuyas ideas predominantes deben su existencia á una lucha imponente de intereses, y que, por esto precisamente, se halla muy lejos de ser una proporcionada y justa composición de todas las necesidades y de todas las exigencias sociales.

Semejante sistema fué combatido, desde la mitad del pasado siglo, por una gran agitación histórica universal. Tal agitación dirigióse en su origen contra las organizaciones políticas existentes, y, sobre todo, contra el poder absoluto de los príncipes, porque se percibían inmediatamente los esfuerzos de los poderes imperantes en favor de unos pocos, y también porque las clases pudientes aspiraban á tomar parte en la legislación y en la administración del Estado. Con-

siguióse esto, y las más amplias esferas de la población intervinieron en la dirección del Estado en una medida siempre creciente. Pero la transformación popular de las organizaciones públicas dejó casi intacto el Derecho privado, y así ocurre que la legislación y la ciencia del Derecho civil, se encuentran entre aquellos ramos de nuestra vida intelectual que menos han progresado. Verdad es que la agitación socialista, que se dirige á modificar nuestros sistemas de Derecho privado, penetró hacia 1830 en las masas populares, afirmando gradualmente, casi por completo, las precedentes aspiraciones político-radicales; pero la creación de un Derecho privado que distribuya más equitativamente entre los miembros de la sociedad civil los goces, ó que contenga análogos elementos populares á los de nuestro actual Derecho político, es una tarea cuya realización compete aún al porvenir.

IV

CONTINUACIÓN DEL ANTERIOR

Las teorías sobre el origen del Derecho y del Estado hasta el presente, han sido formuladas para justificar ciertas formas del Estado, y en primer término la monarquía hereditaria; mientras el Derecho privado, que en la misma gran Revolución francesa apenas si fué impugnado, parecía no necesitar en idéntica medida de aquel sostén. El poder del Estado, sin embargo, sean cuales fueren las condiciones en que se encuentre la sociedad civil, no puede ser ejercido más que por un número proporcionalmente restringido de personas, y su ordenación, desde el momento en que se gobierna exclusivamente en pro de los intereses particulares, es de escasa importancia para las grandes masas populares. Por este motivo, precisamente, se han podido exponer ciertas opiniones acerca de

las condiciones del Estado y del Derecho, opiniones que no son, en verdad, aplicables al Derecho privado, el cual sirve para regular los más vitales intereses, hasta de las más ínfimas clases populares, aunque semejante aplicación se haya intentado no pocas veces.

La escuela histórica sostiene, por ejemplo, que Estado y Derecho nacen, crecen y pasan al modo de cualquier organismo natural; que en su virtud no son el producto del arbitrio humano, sino que deben su existencia y su constitución, á la obra del espíritu popular invisible. La escuela de Derecho natural ve en el Estado y en el Derecho resultados de la reflexión humana, toda vez que ambos se manifiestan como obra de expresa ó tácita estipulación de los ciudadanos de un Estado. Si partiendo del supuesto de que las formas constitucionales no tienen una importancia directa para los intereses de las grandes masas, era lícito sostener que el Estado, ó bien una forma constitucional dada, puede provenir, en su orgánico desenvolvimiento, del espíritu de todo el

pueblo, también cabría arriesgar, sin caer en el absurdo, el aserto de que toda la población, mediante el contrato político, se puede someter para siempre al poder ilimitado de un señor absoluto.

Pero si se quieren aplicar tales teorías al Derecho privado, pronto surgen con el carácter de insoportables los errores en que se fundan. A la verdad, ¿quién podrá ya afirmar que una ordenación del Derecho privado tiene su origen en el espíritu de toda una nación, cuando semejante ordenación excluye perpetuamente de la mayoría de los beneficios y utilidades cuatro quintas ó nueve décimas partes de los ciudadanos? Por igual absurda es la opinión de que la mayoría de un pueblo se haya adherido á tales disposiciones mediante una estipulación, ya explícita, ya tácita.

Lo que yo sostengo contra esas opiniones, es lo siguiente: los modernos sistemas del Derecho privado resultan ser la obra, no ya de toda una nación, sino de las clases privilegiadas, las cuales los im-

pusieron á las clases desheredadas mediante una lucha de siglos. Tal lucha no está desprovista de razón de ser y de importancia, por el hecho de que se haya dividido en innumerables luchas parciales, que se escapan á la acción de las indagaciones del observador.

Aun cuando rechazo del modo que acaba de oirse la aplicación de las teorías relativas á las causas íntimas del Derecho y del Estado, en lo referente al Derecho privado, no por eso niego la importancia de semejantes tentativas. La escuela natural y la histórica hanse equivocado, sobre todo, al considerar como una realidad lo que es un puro ideal, y debe ser una meta constante de nuestras aspiraciones; puesto que si bien hoy es imposible admitir que nuestros sistemas de Derecho privado, traen su orgánico desenvolvimiento del espíritu entero de toda una nación, ó bien que ésta, expresa ó tácitamente, ha consentido en el moderno estado del Derecho, sin embargo, debemos aspirar á conseguir una legislación jurídica que *todas* las clases del pue-

blo admitan como cosa propia, y á la cual se adherirían sin dificultad después de una transacción razonable.

V

INCAPACIDAD DE LA ESCUELA HISTÓRICA PARA LA LEGISLACIÓN

Cuando, después de la victoria alcanzada por Napoleón I, Thibaut pedía que se redactara un Código civil para toda Alemania, Savigny sostenía, en su conocida Memoria, la opinión según la cual la época no estaba en modo alguno en condiciones para la producción de amplios Códigos civiles. Más tarde, con el desenvolvimiento de la escuela histórica, la idea ha cambiado, y hoy se halla bastante difundida la opinión según la que, después del trabajo de aquella escuela, nuestra época se encuentra apta para realizar la obra de una legislación en gran escala. Siempre he conceptuado como errónea esta opinión. Precisamente por-

que la escuela histórica del Derecho ha dominado por tan largo tiempo en Alemania, y porque casi todos los jurisperitos se educaron bajo su influjo, nunca hubo época menos á propósito que la presente para verificar la compilación de un Código civil.

Las tres grandes obras legislativas de la época moderna: el Código civil prusiano, el Código civil francés y el austriaco, se realizaron al finalizar una época que con justicia fué llamada de las luces; pues nunca la humanidad se sintió más libre del peso de las tradiciones, y nunca las altas clases y sus directores intelectuales se mostraron tan favorables á las clases bajas populares, como en el siglo de las luces. Los autores de aquellos tres Códigos se dejaron influir por aquel espíritu magnánimo de humanidad que desprecia el delirio del momento, y compilaron, por tal modo, ciertas obras legislativas, las cuales (especialmente el Código civil prusiano y el austriaco) se anticiparon no poco al desenvolvimiento social de las naciones respectivas. Tal es, en

verdad, la función del legislador, ya que sólo mediante una anticipación como esa, se halla en situación de asegurar por largo tiempo, vida é importancia á su obra. En ningún otro campo como en el legislativo puede ser aplicado el dicho de que cuanto hoy se reputa como una aspiración utópica, la generación futura lo mirará como un lugar común, y un siglo después se estimará como un viejo prejuicio. Y por lo mismo que aquellos hombres han dado un impulso tal, hasta elevar á una superior existencia el desenvolvimiento de su pueblo en lo que esto era posible dentro de su limitada esfera de acción, pueden con justicia aspirar á ser colocados entre los educadores de la nación, y en cierto sentido de la humanidad.

Los jurisconsultos que se encuentren bajo el influjo de las opiniones históricas, con dificultad podrán alcanzar un éxito semejante. El mérito principal de la escuela histórica consiste en el estudio del pasado, en cuanto trata, sobre todo, de fijar de un modo exacto los hechos histó-

ricos, exponiéndolos según el sentido de la época respectiva; mientras la literatura de la época de las luces no puede ser absuelta del error de haber juzgado la época y condiciones pasadas, tan sólo desde el punto de vista de las opiniones é intereses del presente. Este último modo de interpretación tiene, sin duda, fuera de las consideraciones históricas, su plena razón de ser; pero no quiero examinar aquí si el análisis de los documentos, de los actos y de todo cuanto constituye el contenido del torrente vital de la historia, tiene, para la determinación de la verdad histórica de un modo efectivo, la importancia que la escuela histórica le atribuye; en rigor, los méritos imperecederos de la escuela histórica en pro de la indagación y estudio del pasado, no pueden ser razonablemente discutidos.

Por lo demás, la escuela histórica del Derecho ha influído de un modo desfavorable sobre el progresivo desenvolvimiento del Estado y del Derecho. El tesoro de ideas de tal escuela proviene principalmente de Blackstone y de Burke,

cuyas opiniones fueron luego elaboradas, y más en extensión, sin embargo, que en profundidad, por Savigny y Puchta, Sthal y otros representantes de la tendencia histórica en Alemania. Ya en Burke se ve, al interpretar históricamente el Derecho y el Estado, manifestarse la opinión por la cual se llama locura y delito, toda profunda modificación del sistema del Derecho vigente, aunque esta modificación fuese absolutamente reclamada por los cambios de las proporciones del poder dentro de la vida social, y los secuaces de Burke, en Alemania, no hicieron más que atenerse á ese mismo modo de pensar. Quien se haya penetrado de la interpretación orgánica del Derecho y del Estado, olvida con demasiada facilidad que los huracanes y terremotos, forman parte del regular desenvolvimiento de la naturaleza, al igual que el lento prosperar de los animales y de las plantas.

Esta condenación de un espíritu conservador antihistórico, que pretende mantener ciertas condiciones de Derecho que

no tienen razón de ser, alcanza especialmente también á los representantes de la ciencia del Derecho civil, frente al cual se aplicaron los sistemas históricos primeramente en Alemania, y que luego fué el campo más importante para su aplicación. Entretenidos en el estudio de épocas y de condiciones remotas, partidarios de las ideas tradicionales del Derecho, con una tenacidad que recuerda la de las más estrechas ortodoxias, no se dieron cuenta de todos aquellos repetidos cambios que á principios de nuestro siglo se verificaron, tanto en Alemania como en otros países: la agravación continua del antagonismo entre ricos y pobres, la reorganización de las clases no pudientes, que llegaron á formar un verdadero poder histórico universal. Sólo de este modo se puede explicar cómo los diferentes hombres encargados de la elaboración de un Código civil alemán, han producido un Proyecto que, comparado con el Código prusiano y el austriaco, representa un verdadero retroceso, aun cuando estos últimos estaban destinados á una población,

cuyos padres y abuelos, habían sido en gran parte siervos de la gleba.

VI

CARÁCTER GENERAL DEL PROYECTO DE CÓDIGO ALEMÁN

La prosa en verso no es siempre y por modo necesario poesía, y un compendio de Derecho civil, redactado en párrafos independientes, no es tampoco necesariamente un Código. El objeto del compilador y el del legislador son substancialmente distintos. Del primero se espera que reproduzca, con la mayor fidelidad y perfección posibles, el material tradicional del Derecho y sus bases históricas, sin que sobre todo ello ejerza una amplia crítica. En un compendio se debe atender también á la controversia existente en todo Derecho desarrollado, respecto del sentido de las reglas jurídicas particulares, ya que éstas pueden á menudo ser ridículas. El compilador no

debe crear una nueva condición jurídica, sino reproducir fielmente lo existente.

Muy distinta es, en verdad, la tarea que debe prefijarse al legislador. Si quiere merecer el nombre de tal, debe considerarse como el educador de su nación, y debe ponerse por encima de todo el material jurídico acumulado á través de las reglas. De conformidad con su tarea conservadora, debe observar los movimientos de las condiciones jurídicas existentes; pero al contemplar cualquier máxima ó institución jurídica importante, examinará si aquélla ó ésta corresponden todavía á las condiciones de potencialidad existentes en la vida social. Si el examen resulta negativo, realizará las oportunas modificaciones, sin preocuparse de si habrá violentado la susceptibilidad de quienes se encuentren en lo alto ó de los que estén abajo. En el caso de una modificación no completamente verificada en las condiciones del poder social, podrá preparar el porvenir y podrá ejercitar cierta actividad intuitiva, lo que constituye el superior y á la vez el más difícil problema

de la legislación, tanto más enérgicamente cuanto con mayor rapidez progrese el desenvolvimiento social de una época. En breves términos: la mirada del verdadero legislador no se vuelve hacia el pasado, sino que debe contemplar siempre el porvenir.

Jamás se ha presentado una época más favorable para una actividad creadora de ese género como la actual. Siglos hace que los patronos y los ricos formaban exclusivamente el Derecho privado, adaptándolo á sus intereses, sin que los pobres hicieran valer, por miedo ó por ignorancia, sus propios derechos. El Proyecto de un Código civil alemán es la primera ley importante recopilada en una época en la cual los desheredados, tanto en Alemania como en otras partes, se han elevado á la categoría de un poder imponente, y en la cual semejante cambio de potencialidad, fué reconocido por el Gobierno alemán mediante una amplia reforma social. He aquí, precisamente, el momento adecuado para rehacer—aunque sea conservando toda la

substancial cohesión del derecho privado—las leyes civiles en interés de los pobres, dando así á los demás países del mundo un ejemplo digno de ser imitado.

Pero ¿cómo han cumplido su gran tarea los compiladores del Proyecto? Ante todo, los redactores se entretuvieron—sin duda en atención á la llamada condición preparatoria—en recoger en todos los Estados federales el extraordinario número de leyes particulares de diferentes épocas referentes al Derecho civil, para «poner en orden todo este material—un verdadero *onus multorum camelorum*, —separar las vestiduras viejas, aprovechar cuanto fuera todavía susceptible de nueva vitalidad y de desenvolvimiento, y elaborar el Código de manera que resultase un conjunto orgánico.» Á nadie sorprenderá que el resultado de esta recopilación y de la selección haya sido un compendio, dividido en párrafos, del Derecho vigente, con exclusión de la vestidura efectivamente antigua, y que el Proyecto, por tal modo elaborado, pudiera haber hecho su apari-

ción en 1788, y no un siglo después. Se puede asegurar, en vista de todo, que si los redactores hubieran encontrado en el Derecho vigente en Alemania, como cosas existentes aún, la esclavitud y los siervos de la gleba, hubieran conservado cuidadosamente en el Proyecto esas admirabilísimas instituciones jurídicas.

Además de no tener originalidad en el contenido, el Proyecto es defectuoso en cuanto á la forma. Ninguna parte de la legislación requiere un modo de expresión popular, inteligible para todos, como el Derecho civil; porque las demás leyes, la Constitución, las leyes administrativas, la del procedimiento civil y las penales, sirven para determinadas clases de la población, y en ciertos casos, mientras el Derecho civil resulta aplicado al día por todos los ciudadanos. Y téngase en cuenta que ahora poseemos una literatura jurídica muy extensa, en la cual la diferenciación de los conceptos y la distinción de las materias de este género han llegado tan allá, que con justicia se ha comparado la jurisprudencia

alemana con un cuchillo que, de puro sutil y afilado, no corta. Pues bien: los autores del Proyecto, á los cuales no se les puede elogiar por la forma, se hallan completamente bajo el influjo de semejante escolástica jurídica, por lo que han producido una obra cuya manera abstracta é impopular de expresión, resulta perfectamente insuperable. Y si á esto se añade que casi todos los capítulos contienen numerosas referencias á máximas jurídicas citadas en otros, de modo que se necesita hojear todo el Código para extractar las normas que se refieren á una sola institución, se puede fundadamente sostener que, aun cuando el Proyecto se convierta en ley, las masas populares se encontrarán, en lo tocante á la aplicación del Derecho, á merced de los jurisperitos profesionales.

VII

SITUACIÓN DE LAS CLASES POBRES AL DEFENDER SUS DERECHOS EN JUICIO

La extraordinaria diferencia según la cual los que tienen y los que no tienen, pueden *perseguir su derecho*, ha sido hasta ahora olvidada por los jurisconsultos. El motivo de esto consiste, sin duda, en que, á causa de su educación y de sus intereses, los jurisconsultos de todos los países, se sienten inclinados á considerarse exclusivamente como servidores y representantes de las clases pudientes. ¡Cuán grande y llena de gloria es la intervención que los médicos y los economistas han tenido para remover la miseria humana! En cambio, entre los juristas teóricos, apenas podrán designarse algunos nombres que hayan alcanzado una significación idéntica. La mayor parte de ellos siguen á los ricos y á los

poderosos, y sostienen los intereses efectivos de los que tienen y de los dominadores, con el mismo celo con que defienden sus tontas pretensiones. El antagonismo social, que cada vez divide y separa más á los ciudadanos de los Estados civilizados en dos campos, que se contemplan con creciente hostilidad, débese en gran parte á la indicada parcialidad de los juristas.

Con frecuencia se ha hecho notar que el rendimiento del pobre, no sólo es menor, sino que en sus manos vale siempre menos, porque por su habitación, nutrición y vestido, apenas suficiente para sus necesidades, debe pagar, en proporción, bastante más que el rico. Además, no se ha visto con el debido detenimiento, que el restringido círculo de los derechos asignados al pobre, tiene una importancia mucho menor, que la que tendría si esos mismos derechos correspondiesen á un rico.

Por otra parte, muchos médicos y escritores socialistas, han demostrado que la menor duración de la vida de las cla-

ses desposeídas, proviene en gran medida, de que no pueden prevenir con los remedios oportunos las enfermedades, y que el Estado las socorre sólo en el caso de una verdadera y real enfermedad. En el campo jurídico las cosas no pasan de un modo distinto. Los derechos y las condiciones jurídicas necesitan también, si se me permite hablar así, de un cuidado preventivo para sostener su existencia y su vigor. Todo juez experto admitirá, de hecho, que los derechos de los pobres, cuando llegan á ser defendidos en juicio, se ofrecen frecuentemente bajo un aspecto de abandono y descuido, semejantes al que presentan los cuerpos de los proletarios cuando se les recoge en los hospitales públicos.

Tal tendencia á posponer gentes por sí ya descuidadas con respecto á sus derechos, se enlaza, en parte, con la propiedad privada y con la diferencia del grado de cultura que de aquélla se deriva entre rico y pobre. Existen, sin embargo, normas é instituciones de derecho, las cuales tienden al mismo fin, sin

atenerse á la coherencia de la propiedad privada. Mas los perjuicios de la clase proletaria se derivan, la mayoría de las veces, del hecho por el que, partiendo del punto de vista de la forma, la legislación establece las mismas reglas de Derecho, tanto para los ricos cuanto para los pobres, siendo así que la posición social, harto diferente, de ambos, exige un tratamiento distinto. Sería fácil señalar en los diversos capítulos del Proyecto y de los Códigos civiles vigentes, numerosas disposiciones en las cuales domina la indicada tendencia parcial; mas no puedo referirme sino á aquellos puntos que son de capital importancia y que, por su carácter técnico jurídico, no se sustraen al conocimiento de la generalidad.

VIII

LOS PERJUICIOS DERIVADOS DE LA IGNORANCIA DEL DERECHO

La mayoría de los Códigos civiles recientes sostienen de un modo general, que nadie puede excusarse alegando la ignorancia de una ley promulgada en debida forma. El Proyecto y los Motivos admiten (1) que la ignorancia del derecho y el error de hecho del derecho, pueden ser excusables cuando no se trata de negligencia. Pero de los Motivos resulta claro que los autores del Proyecto pensaron que los casos en los cuales puede ocurrir la excusa por error y por ignorancia, son excepciones muy raras.

En realidad, ni en el error de hecho del Derecho, ni en la ignorancia del Derecho mismo, se trata de excepciones,

(1) § 146 del Proy., y Mot., vol. I, pág. 281.

sino de una regla bastante general. Hasta la época en que los jurisconsultos romanos, que primeramente establecieron la regla jurídica, según la cual la ignorancia del Derecho debe ceder en perjuicio de todos, la justicia de tal disposición, habida cuenta la extensión de la materia jurídica, fué por lo menos dudosa. Hoy, que las leyes de todo Estado civilizado ocupan bibliotecas enteras, y apenas se encuentra quien conozca superficialmente todo el sistema jurídico de su país, la presunción de que todo ciudadano conoce todas las leyes es la más ridícula de las invenciones; y los perjuicios que el legislador ocasiona por la ignorancia de las leyes, son una injusticia palmaria, injusticia además que, como fácilmente puede demostrarse, hiere especialmente á las clases inferiores de la sociedad.

Entre las clases pudientes el conocimiento del Derecho está, en general, más difundido que entre las pobres, en parte á causa de la cultura intelectual más elevada de las primeras, y en parte

también porque la posesión de la ciencia infunde en aquéllas un interés mayor por la vida jurídica. Además, en aquellos casos en que les falta el conocimiento necesario, tienen en su patrimonio el medio de acudir por el momento al consejo de un abogado, para acomodarse á sus dictámenes. De esto nace que en los conflictos de intereses entre ricos y pobres, las cuestiones de Derecho se decidan casi siempre *a priori* á favor de los primeros, sin que pueda acusarse á los Tribunales de injustos.

Los pobres, en verdad, saben poquísimo Derecho, y no pueden llenar las lagunas y los defectos acudiendo á quien lo entienda. Así, en su conducta se dirigen casi exclusivamente por un obscuro y muy ilusorio sentido del Derecho, estando toda su vida jurídica en realidad á merced del acaso. Si, pues, en el litigio el Juez aplica la ley, y contra la evidencia de las cosas estima que el pobre la conocía, éste se sentirá con frecuencia inclinado á tachar al Juez de injusto.

Esta inferioridad jurídica no es im-

portante en sí; pero puede ser grave en cuanto se relaciona con la dependencia económica de los pobres, por lo que se podría evitar fácilmente. Si el Estado presupone que cada súbdito conoce la legislación, ó, lo que es lo mismo desde el punto de vista práctico, considera en general la ignorancia como negligencia, debe ofrecer al proletariado la posibilidad de procurarse con facilidad, y de un modo seguro, el conocimiento de las leyes. No es éste el lugar indicado para exponer detalladamente los medios que deberían servir para tal fin; más adelante, sin embargo (véase XII), dilucidaremos los principales puntos de vista que con este asunto se relacionan.

IX

LA ANALOGÍA DE LAS LEYES Y DEL DERECHO

El Derecho privado, hoy vigente en el Continente europeo, puede considerarse como un compromiso estipulado, bajo el

influjo de la Revolución francesa y de las subsiguientes revueltas, entre el grande y el pequeño propietario, é impuesto á las clases pobres por medio de la legislación. Este compromiso no se corresponde ya con las condiciones de potencialidad constituídas desde un siglo acá, especialmente con el poder social adquirido por las clases menesterosas, por lo que éstas pueden exigir que el compromiso no sea aplicado en su perjuicio, sino hasta donde implica su verdadero contenido. Desde el momento en que en el Continente, casi en todas partes, el Derecho privado se halla establecido bajo la forma de ley, tal idea puede ser formulada del modo siguiente: es una pretensión justa la de aquéllos que, mediante el vigente Derecho privado, fueron pospuestos en sus más vitales intereses, cuando piden que las normas del Derecho civil no se apliquen sino hasta donde llegue la evidente voluntad del legislador. Se sobrentiende que existe una voluntad legisladora, aun en el supuesto en que el legislador haya elegido una expresión muy restringida,

y su prescripción se aplica, mediante una interpretación más lata, en aquellos casos que tenía intención de regular con la misma.

En la esfera donde menos claramente se manifiesta el antagonismo entre los propietarios y los proletarios, esto es, en el Derecho penal y en el administrativo, vemos esta idea realizada con más amplitud. Así, por ejemplo, los Códigos penales rechazan la aplicación de la analogía, por lo menos respecto de las dos cuestiones más importantes, esto es, si una acción es un delito, y qué pena debe aplicársele (§ 2.° del Cód. pen. imperial). En el Derecho administrativo también encuentra la analogía una aplicación mínima, puesto que sólo en aquellos casos en que falte una prescripción administrativa dada, se acude á la decisión fundada en motivos de oportunidad.

Desde la época de los jurisconsultos romanos en adelante, las legislaciones civiles parten de un supuesto que no es menos absurdo que la presunción favorable al universal conocimiento de las le-

yes (VIII): tal supuesto consiste en que el Derecho civil vigente no tiene vacíos ni lagunas, de modo que el derecho y la vida están completamente á cubierto. Por este motivo, pues, en el caso en que ninguna de las leyes vigentes contuviese una disposición dada, el Juez civil no puede decidir fundándose en razones de oportunidad, sino que debe aplicar las reglas jurídicas existentes para casos semejantes (analogía). El Proyecto alemán sostiene este punto de vista, disponiendo que cuando la ley no contenga disposición adecuada, se deben aplicar prescripciones señaladas para casos análogos; y además que, á falta de tales normas, deban servir como reglas, las máximas resultantes del espíritu general de la ley.

Algunos legisladores antiguos y modernos han prohibido, en la ciencia y en la práctica, la aplicación de la analogía, partiendo del punto de vista de que ésta es una usurpación de los poderes legislativos. Este modo de ver me parece muy extraño; antes estoy convencido de que ninguna obra humana necesita del con-

tinuado auxilio posterior tanto como la legislación, en la cual el ingenio y la intención con frecuencia son de muy dudosa naturaleza. Si, á pesar de esto, sostengo que la aplicación de la analogía debe sustituirse, en la misma esfera del Derecho civil, por las decisiones fundadas en motivos de oportunidad, es porque sólo de este modo es posible una reforma del Derecho civil de dentro á fuera.

Naturalmente, el Derecho civil, que ha sido formado durante siglos únicamente por las clases ricas, atiende sólo á los intereses de éstas. En el supuesto de que un Código prescriba la aplicación de la analogía, en aquella medida en que en el Proyecto alemán se hace, debe lógicamente presumirse que una gran parte de las contiendas entre ricos y pobres, respecto de las cuales no haya disposición alguna taxativa, se decidirá en contra de estos últimos. Si el Juez civil juzgase sobre la base de la oportunidad, se encontraría en situación de mitigar en numerosísimos litigios la parcialidad del Derecho civil, preparando de ese modo una gradual mo-

dificación del mismo en favor de las clases desvalidas. Sin duda que las generaciones actuales de juristas, educadas exclusivamente en la bárbara escuela del Derecho romano, no sabrían hacer el uso adecuado de la libertad que en tal manera se les concedía: verían sin cesar las formas tradicionales como fuerzas invencibles, y en su virtud procurarían conservar, por un medio vicioso, la condición actual del Derecho. Pero las gentes de leyes de la próxima generación—puede presuponerse esto con seguridad—se hallarán formadas en las ideas socialistas, y por lo mismo serán aptas para cooperar en la reforma del Derecho civil.

Para la legislación presente resulta además, de esta disposición de las cosas, el siguiente importante principio: que aquellas esferas jurídicas en que se encuentran frente á frente, como enemigos, los intereses de las clases ricas y los de los pobres, deben someterse lo menos posible á análogas reglas jurídicas. No hay nada en que la legislación relativa al individuo tenga un carácter coactivo

tan rígido, como en las instituciones jurídicas, que deben regular preferentemente la contraposición de intereses entre el rico y el pobre. En el curso de este trabajo quedará demostrado que el Proyecto de Código civil alemán hace todo lo contrario de lo que debía hacer en tales casos, ó sea, no toca sino las cosas estrictamente necesarias, dejando que casi siempre se apliquen por analogía las reglas de Derecho (XIX).

X

JUICIO DE LAS CONDICIONES INTERNAS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL Y PENAL

Los dos grandes supuestos de los Códigos civiles, á saber: que el Derecho civil está completo y que es conocido en su totalidad de todos los ciudadanos, hacen, en verdad, que las clases pobres se encuentren en una situación desfavorable al querer afirmar su derecho, aunque muchos que hoy formulan y aplican esas

máximas no se den clara cuenta de la tendencia originaria. Tal consecuencia es menos visible en una tercera circunstancia, que pone á los proletarios en situaciones no menos difíciles para afirmar su derecho. De esta circunstancia quiero ahora tratar.

El origen y la extinción de los derechos y de las obligaciones tienen conexión—en todas las ramas del Derecho—con determinadas acciones del hombre. Toda acción que debe tener una importancia jurídica consiste: de un lado, en un hecho exteriormente recognoscible; y de otro, en ciertas circunstancias internas de la voluntad y de la idea que lo acompañan, y que se sustraen á la percepción de los sentidos. Tales circunstancias internas, por ejemplo, son la buena ó mala fe en la posesión, la intención dañada, ó bien la negligencia en determinadas acciones punibles. Mientras el Juez, ante la exterioridad manifiesta, está ligado por las pruebas que se le ofrecen, en cuanto á las circunstancias internas se mueve con entera libertad; él mis-

mo es quien, estimando una dirección dada de la voluntad y de la idea en el individuo que obra, introduce el soplo vital en la masa inerte de las acciones exteriores. La propia naturaleza de las cosas hace que, en esta construcción de las circunstancias internas por parte del Juez, los pobres resulten más perjudicados que los ricos.

Esta parcialidad se revela especialmente en la esfera de la justicia penal. Es sabido que una acción reviste un carácter punible cuando se funda en una determinada voluntad del ejecutor: premeditación ó negligencia. Ahora bien: un Juez justo, ante un hecho cualquiera sospechoso, podrá introducir la intención contraria al Código con gran facilidad cuando se trate de un pobre, mientras le será muy difícil hacerlo así tratándose de personas ricas. Esa parcialidad la llevan ciertos Jueces hasta la llamada presunción del robo, que recae sin grandes obstáculos en el pobre que tiene la desgracia de encontrarse en relación exterior con un delito contra la propiedad. Por tanto, pues,

juzgando la administración de justicia penal, no sólo según los rasgos deficientes y abstractos que nos ofrecen las leyes y los escritos doctrinales, sino ateniéndonos á la realidad, es preciso admitir que, en virtud del juicio formulado sobre las circunstancias internas, resultan los mismos efectos que si tuviéramos dos Códigos distintos, uno para cada una de las clases sociales indicadas.

Y en la administración de la justicia civil no pasan las cosas de distinta manera. Sin duda que la exacta construcción del hecho interior no es, para el Estado y para la sociedad, de una importancia tan decisiva aquí como en la materia penal; pero también en esta esfera el Juez más justo decidirá en muchos casos injustamente con relación á los pobres, porque no sabrá comprender é interpretar de un modo exacto sus internas condiciones.

En la segunda mitad del pasado siglo, y especialmente después de la Revolución francesa, fueron poco á poco removidos los Tribunales especiales de la no-

bleza, del clero y de las demás castas privilegiadas, partiendo al hacerlo de un punto de vista razonable, en cuanto que un Juez, aunque sea de conciencia muy recta, no puede sustraerse al influjo del antagonismo de clases. Pero al propio tiempo que se formaban los nuevos Tribunales casi exclusivamente para las clases pudientes y cultas, creóse un privilegio que no es menos gravoso que los privilegios del régimen feudal, y que á causa de la acentuación del antagonismo entre ricos y pobres, se hace sentir cada día más. Encontrar el medio para refrenar y mitigar semejante antagonismo, y procurar especialmente una oportuna educación de la clase de los juristas, es una tarea cuya realización corresponde al porvenir.

XI

PASIVIDAD DEL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Esta última observación me induce á pensar en ciertas *cuestiones procesales*, las cuales importan tanto para hacer valer, cuanto para defender el derecho de los pobres, y que por lo mismo deben mencionarse aquí, aun cuando no estén íntimamente ligadas con el Proyecto de un Código civil.

La nueva legislación procesal civil ha seguido sin reservas el camino opuesto al de la legislación económica y social de estos últimos tiempos. Un siglo hace se creía que, dejando en libertad las fuerzas económicas, se obtendría una producción mayor en cantidad de los diferentes objetos, y en su virtud se alcanzaría el bienestar económico de todos (doctrina de Manchester). Tratando á todos los

ciudadanos de un modo perfectamente igual, sin atender á sus cualidades personales y á su posición económica; permitiendo que entre ellos se estableciese una competencia sin freno, se ha logrado, sin duda, elevar la producción hasta lo infinito; pero al propio tiempo se ha conseguido que los pobres y los débiles, tomasen una parte escasísima en ese aumento de producción. A consecuencia de esto surgió la legislación social, que se endereza á proteger á los débiles contra los fuertes, y á asegurar á aquéllos, cuando menos, una parte mínima de los bienes necesarios para vivir. Hoy se sabe que no existe una desigualdad mayor que aquélla que consiste en tratar á los desiguales de un modo igual.

Nuestra reciente legislación procesal civil se halla aún bajo el imperio de aquella vieja filosofía, no pudiendo desconocerse que la ciencia del derecho es, de todas las disciplinas, la que permanece más inmóvil y adelanta con más retraso, pareciéndose en esto á ciertas ciudades de provincias en las cuales las modas en

desuso en la capital, se aceptan como otras tantas novedades.

En el siglo pasado, la justicia civil estaba aún, donde quiera, en todo ó en gran parte en manos del Juez, siendo así accesible hasta para el pobre. Hoy cooperan en la administración del derecho civil abogados, notarios, escribanos y otras personas, y quien quiera hacer valer y asegurar sus propios derechos privados, necesita estar en situación de poder usar y pagar todo ese complicadísimo mecanismo. No negaremos que, mediante tal distribución del trabajo, la justicia civil ha mejorado substancialmente; pero está en la naturaleza de las cosas mismas, que las instituciones complicadas y costosas beneficien sobre todo á las gentes ricas y cultas, confiriéndoles una extraordinaria superioridad para hacer valer y garantir sus derechos, frente á los pobres. En otros términos: en la esfera de la justicia se ha verificado un cambio análogo al realizado en la vida económica; hemos perfeccionado de un modo tal la administración de la justicia civil, que

resulta imposible para la mayoría de la nación.

Bien sé que todas las personas auxiliares están obligadas por la ley á prestar, en ciertas circunstancias, sus servicios gratuitos á los pobres. Pero justamente en este privilegio es donde radica la más sensible preterición de las clases necesitadas. Porque en una sociedad en la cual toda prestación se remunera, y en la cual los diferentes funcionarios deben comprar la satisfacción de sus necesidades, no puede racionalmente extrañarse que las funciones gratuitas se desempeñen mala y perezosamente.

¡Pero aún hay más! Este complicadísimo aparato resultaría menos perjudicial para los pobres en la defensa de su derecho, si el Juez pudiera intervenir espontáneamente en la administración de la justicia civil. Está, sin duda, en la naturaleza de las cosas, que el Juez no pueda obligar á nadie á defender sus derechos privados, supuesto que éstos, según el concepto fundamental del moderno Derecho civil, constituyen un asunto priva-

do de los interesados. Pero cuando el interesado ha presentado al Juez una demanda manifestando así la voluntad de defender su derecho, parece que éste debía aplicar todos los medios legales para hacer triunfar el derecho lesionado. Sin embargo, no se obra así. El Tribunal, según la legislación procesal civil vigente en todos los Estados civilizados, aun después de iniciado el litigio, debe ser impulsado particularmente á realizar todos los actos más importantes, como el mecanismo de un reloj, que es preciso también impulsarlo para que se mueva, aunque sea por breves momentos.

Estas condiciones jurídicas son cómodas y beneficiosas para las clases ricas, porque cultas como son y bien acondicionadas, si hace falta, pueden tomar oportunamente la iniciativa. En cambio las pobres, que para defender su derecho tropiezan con un mecanismo tan complicado como es el procedimiento, sin consejo y malamente representadas, deben recoger de la pasividad judicial gravísimos perjuicios.

No puede, pues, sorprender que las clases pobres de todos los Estados civilizados miren con gran desconfianza la administración de la justicia civil. Paréceles ésta como un sistema de argucias jurídicas, en el cual el espíritu del individuo sencillo no puede penetrar. Si á esto se añade, como ahora ocurre, la conciencia del antagonismo de clases, se explicará perfectamente el frecuentísimo resultado de que el pobre que haya tenido que acudir un par de veces á la vía judicial, se convierta en un enemigo consciente del Estado y de la sociedad.

XII

PROPOSICIONES PARA TRANSFORMAR LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA CIVIL

¿Por qué causas, tanto en Europa como en América, muchos millones de obreros se colocan en actitud hostil frente al Estado, ya proponiéndose, como los anarquistas, la simple destrucción del Estado

mismo, ó acariciando, como los demócratas socialistas, su completa transformación? La causa principal de este fenómeno estriba, sin duda, en que el Estado se halla detrás del actual orden económico y de la propiedad, que el proletariado pretende suprimir. Y aunque se considere nuestro moderno orden económico como un hecho inconmovible, será preciso admitir que la organización política recibida debe ser sometida á una radical transformación en vista del interés del proletariado. Prescindiendo de los movimientos políticos que elevaron por breves instantes al proletariado á la superficie de la conciencia pública, las clases pobres y sus intereses fueron descubiertos únicamente por los estadistas en el último siglo. De esto resulta que las viejas y bien construídas instituciones de la sociedad civil: derecho civil y penal, procedimiento civil y penal y administración interior, han sido compiladas en todo y por todo desde el punto de vista de las clases cultas y ricas, en tanto que se reconocían los intereses del proletariado

quə forma la constante mayoría de la nación, sólo en cuestiones de índole secundaria y subordinada. Nuestro Estado burocrático-militar, fundado en las proporciones de las fuerzas, empieza ahora precisamente á dar los primeros pasos inciertos, para transformarse en un Estado obrero y económico.

En las transformaciones de estas viejas instituciones en beneficio de las clases pobres, se podría hacer mucho sin necesidad de tocar las bases del orden actualmente en vigor sobre la propiedad. Verdad es que, á este fin, los legisladores, que pertenecen casi exclusivamente á las clases ricas y cultas, deberían romper con sus prejuicios, para rehacer todas las reglas y todas las instituciones de derecho en su aplicación á las clases pobres. Una oportuna reforma del Derecho civil y del procedimiento correspondiente, que son cosas que á diario encuentran su aplicación, tanto respecto de los pobres como de los ricos, contribuiría naturalmente á atraer al proletariado, reconciliándolo con el Derecho civil vigente.

Ante todo, se debería obligar al Juez civil á instruir gratuitamente á todo ciudadano, especialmente al pobre, acerca del Derecho vigente, ya que no á auxiliarle de otro modo en la defensa de sus derechos privados. Con este proceder solo, se evitaría, hasta cierto punto, la inferioridad jurídica que tan gravemente pesa sobre las clases pobres, en lo relativo á sus derechos. Así como el Estado exige de los pobres, y de las gentes ignorantes, que reconozcan plenamente el laberinto de la legislación, es justo que el Estado les procure y ofrezca de un modo adecuado, la facilidad necesaria para alcanzar tal conocimiento, cosa que no le sería al Juez difícil, en cuanto se suprimiese la aplicación del Derecho por analogía.

En segundo lugar, cuando el demandante hubiera producido su demanda y el demandado le hubiera contestado, el Juez debería proceder en el litigio de oficio. Una vez concedido al rico el derecho de hacerse representar por Abogado, el Juez debería procurar establecer un

equilibrio entre las partes, asumiendo la representación de la parte pobre.

Bien sé que la aplicación de estas soluciones en la administración del Derecho civil tropezaría con algunas dificultades técnicas; pero ante los defectos de la actual condición jurídica, en la cual, á la disparidad del derecho, se suma la de los procedimientos, aquéllas dificultades no hay para qué tomarlas en cuenta.

La aplicación de esas soluciones requeriría, naturalmente, una reconstitución de las leyes relativas á las funciones de los Tribunales. En el período transitorio, aquellas funciones judiciales podrían confiarse á los Abogados de los pobres, los cuales podrían ser nombrados en número suficiente y pagados por el Estado. Estos Abogados no deberían, sin embargo, asumir la defensa de otros pleitos ó causas que no fueran los de los pobres.

La doctrina expuesta, especialmente la marcha de oficio de los procesos civiles, fué, como es sabido, puesta en práctica parcialmente, en el Código procesal de Federico *el Grande* (1781) y en el Regla-

mento judicial general (1793) de los Estados prusianos, y, salvo algunas modificaciones, se mantuvo en Prusia durante dos generaciones. Más tarde [1] el Reglamento judicial general sufrió una doble, y hasta cierto punto, contraria corriente: de un lado, el sistema histórico, el cual veía con justicia en tal ley una educación no histórica; del otro, la preferencia por el procedimiento francés, con su doctrina de la publicidad y oralidad. El fundamento intelectual de los ataques contra el Reglamento judicial prusiano constituye, por lo demás, la prueba experimental de que en un procedimiento en que el Juez deba definir de oficio el litigio, las clases ricas, que defendían sus derechos, no posean la superioridad que en el procedimiento francés. En aquella época el proletariado no tenía voto; hoy seguramente no dejaría destruir sin resistencia, la obra legislativa de la época de las luces.

(1) Consultar la ley prusiana de 1.° de Junio de 1833 y 21 de Julio de 1846.

XIII

SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO

Al emprender ahora el estudio de las diferentes instituciones jurídicas del futuro Código civil alemán, creo necesario detenerme á hacer algunas observaciones al sistema que en el mismo se ha adoptado.

En un Código civil que se sujetase únicamente á la naturaleza de las cosas, se debería, en primer término, exponer el derecho de familia, el cual comprende, en substancia, el matrimonio, las relaciones entre padres é hijos y la tutela. Trátase aquí de instituciones jurídicas que realmente forman parte de los fundamentos de toda sociedad civil, y que no tienen por misión establecer un privilegio en favor de ciertos grupos de la población, sino de conceder á todos, lo mismo á ricos que á pobres, una coparticipa-

ción en igual medida. Después del derecho de familia, en el orden natural, siguen aquellas instituciones jurídicas que establecen el antagonismo entre ricos y pobres, y ante las cuales la gran mayoría de la nación tiene desde su lado capital, si así puedo expresarme, un sostén pasivo (derecho de propiedad, *Vermögensrecht)*. En el derecho de propiedad es preciso exponer, ante todo, la propiedad y los derechos reales similares (derechos sobre las cosas), viniendo después ya las relaciones de obligación, que, excepción hecha de algunas, tienen siempre como fin adquirir la propiedad, ó bien alguno de los atributos á ésta inherentes. El sistema del derecho privado se enlaza con el derecho hereditario, que no sólo no tiene significado alguno verdadero para los *desheredados (Enterbten)* de la sociedad, sino que en los círculos mismos de las personas que tienen y cultas, los grupos de los que en tal derecho toman parte, son muy limitados.

Desde estos diversos puntos de vista so-

ciales, el sistema usual desde tiempo hace en la ciencia del Derecho alemán, caracterízase en cuanto antepone el Derecho sobre la propiedad—de los medios,—con sus dos especies subordinadas (derecho de las cosas y de las obligaciones) al derecho de familia. Esta particularidad, que en los Códigos y en la literatura jurídica de las demás naciones ha encontrado, con motivo, escasos imitadores, es, ciertamente, muy significativa, porque por un indicio exterior muestra cómo las bases naturales de la sociedad se tratan, poniendo especial cuidado por los intereses de la propiedad. El punto de vista desde el cual se pretende justificar tan extraño orden de colocación, entraña la consideración de que el derecho de familia se halla en estrecha relación con el derecho hereditario, y que ambos constituyen el llamado derecho privado sucesorio, esto es, aquella parte del sistema del derecho privado, que ordena la sucesión temporal de los hombres, y el paso de sus medios ó propiedades.

Al formar el proyecto de Código ci-

vil alemán, se ha abandonado del modo más completo la colocación natural de los asuntos, puesto que se trata de los diferentes objetos en el orden siguiente: derecho de las relaciones de obligación—derecho de las obligaciones,—derecho de las cosas, derecho de familia y hereditario. Las obligaciones aquí se tratan antes de todo lo demás, aunque su fin jurídico, ó más bien económico, se encamina casi sin excepción á adquirir la propiedad, á conservarla, á asegurarla; únicamente después—lo que es bien extraño—viene la propiedad con los diversos derechos reales, y por fin, en tercer lugar, nos encontramos con el derecho de familia. Por estos motivos, aparte de otras particularidades de que se hablará más adelante, el Proyecto se caracteriza como expresión ó producto de una época en que imperan y prevalecen los intereses comerciales, y en la cual las atenciones hacia el comerciante ó negociante, son superiores á las dispensadas al mismo propietario. Si los redactores hubieran puesto en su Proyecto el

derecho hereditario en el primer lugar, el trastorno del orden natural hubiera sido completo.

Para hablar del Proyecto, observaré por mi parte el orden que el punto de vista social impone como exacto, y en su virtud trataré, ante todo, del derecho de familia. Su crítica constituirá el objeto del capítulo que sigue.

CAPITULO II

EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE UN CÓDIGO CIVIL PARA EL IMPERIO ALEMÁN.

XIV

CARÁCTER UNILATERAL DEL DERECHO DE FAMILIA VIGENTE EN GENERAL

La época de las luces ha admitido—y tal es su error fundamental—que fuera y sobre los derechos positivos de los diferentes Estados, hay una especie de derecho natural, con relación al que es preciso medir la justicia de los sistemas de derecho positivo y que viene á completarlos. Semejante derecho normal *(Normalrecht)* no existe, sin embargo, en realidad, ya se quiera concebir el derecho natural como un derecho del estado de naturaleza de la humanidad, ya

se le conciba como un derecho basado *a priori* en conceptos racionales, ó, por último, como orden del derecho resultante de la naturaleza de las relaciones de la vida. La vida positiva, real, de los pueblos, nos ofrece más bien relaciones de potencialidad entre las diversas clases y entre los diferentes grupos de la sociedad, los cuales han alcanzado un reconocimiento estable, y con él, el carácter de derecho y de instituciones jurídicas. Ninguna máxima de derecho, por natural que le pareciese aun al observador más desapasionado, puede pretender existir y tener vigor, cuando se halla en contradicción con las relaciones de poder existentes, sobre todo, con el interés de los dominadores y de los que tienen.

Verdad tan importante, halla su más segura convalidación, cuando consideramos la conformación del derecho de familia, en los sistemas positivos del Derecho. Ninguna parte del derecho privado ha echado tan profundas raíces en las bases naturales de las generaciones humanas, como el derecho de familia. La

vida en común de hombre y de mujer, la procreación y la educación de los hijos, hasta el momento en que son capaces de valerse por sí mismos, todos estos son hechos naturales que, bajo el régimen de todo el orden del Derecho, deben reproducirse en una forma cualquiera y hasta encontrar sus análogos en numerosas especies del reino animal. Justo es también el motivo por el cual los legistas romanos enumeraban el derecho de familia entre los derechos naturales, siendo sus normas impresas por la naturaleza, no sólo en el hombre, sino también en todos los seres animados. En este campo del derecho de familia, pues, parece que podría esperarse que el antagonismo hostil entre ricos y pobres quedaría condenado á un perfecto silencio, y que se haría valer un reglamento del derecho en armonía con la naturaleza de las condiciones de la vida.

Realmente no hay tal. Aun aquella parte del derecho privado que regula la propagación del hombre y el suceder de las generaciones, sufre ó experimenta los

mismos defectos que el derecho de propiedad, ya que las reglas del derecho y las instituciones jurídicas relativas al derecho de familia, están concebidas y elaboradas desde el punto de vista de los que tienen. Este exclusivismo unilateral en este campo, es de los más graves, porque para removerle, no cabe, como ocurre con el derecho de propiedad, un radical cambio ó transformación de las condiciones jurídicas obtenidas de la tradición. En las consideraciones que siguen voy á fijarme tan sólo en aquellas viciosas manifestaciones del derecho de familia que, en la esfera del cuarto estado, son de capital importancia respecto de un amplio círculo de personas, prescindiendo por entero de todas las cuestiones de menor importancia.

XV

EL MATRIMONIO—LAS CAUSAS DEL DIVORCIO

El indicado punto de vista unilateral de nuestro derecho de familia, revélase

mínimamente en el *matrimonio*, institución jurídica que está regulada de un modo justo é imparcial, tanto en los sistemas positivos del derecho como en el Proyecto de Código alemán. La base de este fenómeno, que, dada la institución fundamental de la familia, debe sorprender doblemente, se encuentra, sobre todo, en el hecho de que el matrimonio, sometido por largo tiempo al poder legislativo de la Iglesia, se consideró por ésta como una institución exclusivamente religioso-moral, quedando por tal modo sustraída, hasta cierto punto, al contraste y oposición de los intereses materiales. Por otra parte—y es lo capital,—el matrimonio fué siempre un asunto jurídico, que por lo común se estipulaba sólo entre personas de igual posición social, pudiendo en tal sentido considerarse los matrimonios desiguales como verdaderas excepciones. Cuando en los siglos XVIII y XIX el Estado arranca á la Iglesia el derecho de legislar acerca del matrimonio, no hubo necesidad alguna de dar á las normas relativas al derecho matrimonial, una dirección con-

traria á las clases pobres. Las mismas instituciones jurídicas acerca de la igualdad de nacimiento y sobre el matrimonio desigual, que según los motivos (I, 10 y siguientes) del Proyecto deben mantenerse intactas para la Casa reinante y para el patriciado del Imperio alemán, van más bien contra la burguesía y la pequeña nobleza, que contra las clases pobres.

Esta imparcialidad de la legislación ante el matrimonio, ha hecho que semejante institución jurídica haya sido relativamente poco combatida por el socialismo. Dado el modo de juzgar las cosas, propio del socialismo, que se dirige á una radical transformación de la propiedad privada, á primera vista parecía que debía esperarse que rechazase también la segunda institución fundamental del derecho privado: el matrimonio. Realmente, de las tres instituciones fundamentales de nuestra sociedad civil: propiedad privada, religión y matrimonio, llamadas por Roberto Owen la Trinidad de la desgracia *(Trinity of curse)*, la más combatida por la corriente socialista es

la propiedad; la religión lo es menos, y el matrimonio menos todavía. Este hecho puede servir para confirmar la verdad antes indicada, de que los antagonismos sociales del presente, no han sido provocados sólo por las ideas fundamentales de nuestro orden del derecho privado, sino también, en la misma medida, por su carácter unilateral y parcial aplicación, lo cual es obra casi exclusivamente de los jurisconsultos.

Al apreciar este fenómeno, es preciso no olvidar que el matrimonio moderno, tal como se ha desenvuelto bajo el influjo eclesiástico y político, no tiene, ni aun remotamente, como consecuencia los grandes inconvenientes de la propiedad privada. Un antagonismo como el existente entre ricos y pobres, no existe en la vida matrimonial: la mayor ó menor satisfacción de las necesidades intelectuales y físicas de cada individuo, depende en el matrimonio, de las relaciones individuales, y la mayoría de las veces del azar. Si para la satisfacción de aquellas necesidades, á las cuales debe atender la

propiedad privada, se hubiera atendido por ésta, como en la vida sexual, mediante el matrimonio, los partidos socialistas se acomodarían también á la propiedad privada en su forma tradicional. Quizás son éstos los motivos por los cuales únicamente algunos socialistas de los más consecuentes, citándose entre ellos al herbetista Boissel, á Carlos Fourrier y al saint-simoniano Enfantin, han propuesto una radical transformación del matrimonio.

Las diversas disposiciones particulares del Proyecto relativas al derecho matrimonial se sustraen, por su carácter puramente jurídico, á nuestra consideración. En general, puede aprobarse el detalle jurídico, especialmente la elección de los hechos con los cuales va conexa la casi invalidación del matrimonio, así como la doble forma del modo con que hacer efectivos ó eficaces tales hechos—nulidad é impugnación del matrimonio.

Sólo un punto quisiera poner de relieve, porque, en mi concepto, fué demasiado discutido en la literatura socialista:

me refiero á la cuestión de saber cuándo se debe conceder un divorcio, vivos los cónyuges. Y digo que los escritores socialistas han llamado demasiado la atención hacia la cuestión del divorcio, porque la importancia que á la misma se atribuye proviene de la nervosidad y del refinamiento excesivo de las clases altas. El Proyecto concede el divorcio y la separación de lecho y de mesa—preparatorios del divorcio definitivo—únicamente en el caso en que exista una culpa grave por parte de uno de los esposos, esto es, cuando hubiere cometido adulterio, ó bien ciertos crímenes contra la moralidad, ó bien empleado malos tratamientos, ó si un cónyuge hubiera abandonado al otro con intención malévola, ó, por fin, cuando, faltando gravemente á las obligaciones que á un cónyuge incumben respecto del otro, se hiciera culpable de una falta de armonía tan profunda en las relaciones matrimoniales, que fuera inútil pretender la continuación del matrimonio (§ 1.440–1.444 del Proyecto). Por mi parte, creo que median-

te estas disposiciones, que en rigor podrían excusarse dejando en pie las últimas, el Proyecto ha encontrado el justo medio entre aquellas legislaciones que, como, por ejemplo, el derecho matrimonial católico, mantienen sencillamente la indisolubilidad del matrimonio, y aquéllas que, como el Código civil prusiano, conceden el divorcio entre esposos (sin hijos) en virtud del simple consentimiento de ambos cónyuges, y declaran además motivo suficiente para disolver el matrimonio la antipatía invencible de uno de los esposos (Pr. L. R., II, I, § 716 y siguientes).

La familia es en nuestra época la única comunidad en la que se revela y manifiesta prácticamente el sentido de la fraternidad y de la abnegación, y las clases pobres ningún interés tienen en minar la solidez del matrimonio, fundamento de la familia, ampliando con demasiada facilidad los motivos del divorcio. Tan sólo después que los círculos vitales superiores, grupos de obreros, municipios y Estado, estén socialmente orga-

nizados, y puedan sustituir, hasta cierto punto, la familia en sus benéficos efectos, será ocasión de que se discuta el problema relativo á si cabe aflojar el vínculo del matrimonio, sin perjuicio para la sociedad. Mientras tanto, las clases populares pobres no pueden menos de reconocer que las disposiciones del Proyecto referentes al matrimonio, no sólo responden por sí mismas á su fin, sino que no lesionan siquiera los intereses propios particulares de su clase.

XVI

PARCIALIDAD DEL DERECHO SOBRE LOS BIEÑES EN EL MATRIMONIO

La situación cambia completamente cuando del matrimonio pasamos al punto próximo del *derecho de los bienes en el matrimonio (Ehegüterrechts)*. Aquí las disposiciones del Proyecto revelan muy pronto el espíritu unilateral y parcial de nuestra casta de juristas, la cual se estima

únicamente representante de las clases poseedoras. Los padres bien acomodados que tienen, consideran, bien notoriamente, como fin importantísimo de la vida el de asegurar á sus hijas casadas, que en el matrimonio constituyen la parte más débil, su subsistencia, ó, de un modo general, su posición económica. En vista de esto, el Proyecto alemán ha establecido nada menos que cinco derechos sobre los bienes del matrimonio, elaborándolos hasta en sus menores detalles, procurando así satisfacer todos los gustos. En su afán de atender con todo esplendor á un interés social tan importante de las clases ricas, los redactores del Proyecto han formulado más de ciento cincuenta párrafos, dedicados á regular los diferentes derechos relativos á los bienes matrimoniales. Poco habría que objetar contra todas estas precauciones en sí mismas, si en las relaciones jurídicas entre pobres y ricos, en las que la proporción de las fuerzas de los interesados es infinitamente más desfavorable que entre hombre y mujer, no se hubiera dejado en general todo al

«acuerdo libre.» Pero de esto se hablará detenidamente más adelante.

Veamos ahora en qué relación se hallan los derechos sobre los bienes matrimoniales, según el Proyecto, con las diversas clases sociales.

En las diversas clases sociales, distinguidas, entre las cuales podemos citar la aristocracia de la sangre, la del dinero y la de la burocracia, así como la alta burguesía, la esposa no es más que un objeto agradable de adorno *(ein anmutiges Dekorationsstück)*: no toma personalmente casi ninguna parte en las tareas de su marido, ni en las labores de la casa; antes bien suele librarse de sus más íntimos deberes de madre, confiando á mujeres del pueblo el cuidado de lactar y cuidar á sus hijos, en los primeros años de su vida. Con frecuencia la mujer lleva un patrimonio, respecto del cual el marido goza el usufructo para acudir á los considerables gastos de sostenimiento. Disuelto el matrimonio, la mujer recibe de nuevo su propiedad, y sobre lo adquirido durante el matrimonio no tiene, como es

natural, ningún derecho, ya que se ha limitado siempre á consumir. Este derecho relativo á los bienes matrimoniales llámase «comunidad de administración,» porque el haber del matrimonio queda durante éste bajo la administración única del marido.

Muy distinta es la situación en las clases medias, de las que forman parte las clases inferiores de la burguesía y las obreras calificadas de superiores. La esposa aquí concurre, no sólo con su haber, sino también con su trabajo, atendiendo á los quehaceres domésticos, y tomando también parte, poca ó mucha, en las ocupaciones del marido. La forma natural del derecho relativo á los bienes matrimoniales para estas clases, es la de la comunidad de los bienes gananciales; á saber: los cónyuges conservan el haber aportado al matrimonio, mientras los gananciales conseguidos durante el mismo pertenecen á ambos en común.

Por último, en las clases pobres los cónyuges concurren con su trabajo al sostenimiento del matrimonio: el haber que

cada uno aporta es, por lo común, mezquino y está sujeto á un consumo rápido; mientras en las clases altas y aun en las medias de la población, la actividad de la mujer es bastante menor que la del marido, en los matrimonios de los pobres, la mujer equivale en este respecto al marido. No sólo le incumben á ella todos los quehaceres domésticos, sino que es un hecho muy general que ejerza además un oficio propio. La única forma adaptable del derecho relativo á los bienes matrimoniales en tales matrimonios, es la de la comunidad de bienes, que substancialmente consiste en que los bienes existentes en el momento de estipularse el matrimonio, y los adquiridos después, sean bienes comunes de ambos cónyuges. Realmente, atendiendo á la actividad de la mujer en la vida conyugal de los pobres, me parece bastante discutible que esté justificada la posición preeminente, asignada por el Proyecto alemán al marido en la comunidad de bienes, con respecto á dichas clases populares.

Y aquí se ve con toda claridad de qué

modo nuestros juristas y legisladores tienden á juzgar todas las condiciones sociales desde el punto de vista de los ricos y de las clases privilegiadas, cuya posición en la sociedad conocen demasiado. Aquella primera forma del derecho relativo á los bienes del matrimonio, la comunidad de administración *(Verwaltungsgemeinschaft)*, que sólo responde á las necesidades de círculos sociales harto limitados, debe, según el Proyecto (§§ 1.283 y siguientes y 1.333), aplicarse en todo matrimonio, siempre que los cónyuges no elijan otro derecho relativo á los bienes matrimoniales, mediante capitulaciones estipuladas judicialmente ó en documento notarial. Dada la profunda ignorancia que reina en las clases pobres con respecto á las normas del derecho privado, las parejas pobres tendrán, por lo común, una idea remotísima de la existencia del derecho acerca de los bienes matrimoniales, y no estarán muy en el caso de hacer una elección objetiva, entre los cinco análogos derechos á que la ley se refiere. Fuera,

pues, de la estipulación de una capitulación matrimonial, tiene más aplicación, por ley, el régimen jurídico de los bienes matrimoniales de los consejeros íntimos y de los millonarios.

Mientras el Estado no cree instituciones orgánicas en el sentido indicado más arriba (véase XII) para tutelar á los pobres de las consecuencias perjudiciales de la ignorancia de las leyes, tal inconveniente será muy difícil de evitar. En el supuesto de que las pretensiones de las clases populares bajas deban, naturalmente, alcanzar su satisfacción tan sólo de un modo lento por parte de la legislación, bueno sería, entre tanto, imponer como obligación al funcionario del Estado civil, ante quien hayan de celebrarse los matrimonios, de instruir á los contrayentes de pobre condición, acerca del contenido de los diferentes derechos relativos á los bienes matrimoniales, para que pudiesen elegir con conocimiento de causa lo más conveniente. También se debería, naturalmente, disponer que la forma judicial y notarial prevista para

el matrimonio por la ley, fuese para los esposos pobres, libre de todo gasto.

XVII

DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS EN LOS PADRES.—CONSERVACIÓN DE LA LACTANCIA POR LAS NODRIZAS.

Todos los Códigos civiles imponen á los ascendientes y á los descendientes, á partir de ciertos supuestos, *la obligación de dar alimentos;* los padres, especialmente, están obligados á educar á sus hijos legítimos y á mantenerlos, hasta que estén en situación de atender por sí mismos á su subsistencia. El Proyecto alemán (§ 1.480) va aún más allá, porque en circunstancias dadas los hermanos se deben recíprocamente lo necesario para su sostenimiento (§ 1.489 del Proyecto); desde el punto de vista del efecto social de las masas, únicamente se toma en consideración el sostenimiento de los hijos por sus padres; los demás casos de la obliga-

ción de dar alimentos, son, relativamente, de menor importancia.

Pero ¿cómo debe dar los alimentos quien tiene el deber de darlos á quien tiene el derecho de recibirlos? Según el Proyecto (§ 1.491), quien tiene la obligación de dar alimentos debe darlos bajo la forma de una renta (ó pensión) en metálico. Sin embargo, en el caso de que quien tiene la obligación de dar alimentos, pueda hacer valer el derecho de educar al que los recibe, tiene el derecho de determinar el modo como haya de conceder el sostenimiento. En su virtud, como el derecho de educación corresponde en primer término al padre legítimo, y muerto éste á la madre legítima, los padres pueden libremente establecer de qué modo debe el niño ser sostenido (§§ 1.501, 1.902, 1.504 y 1.655 del Proyecto).

De lo expuesto resulta claramente con cuánta razón, en el capítulo anterior de este trabajo, se ha criticado á los juristas compiladores del Proyecto, por su manera abstracta é impopular de exponer las cosas. Un legislador que poseyese de alguna

manera la aptitud de la forma, al exponer la obligación de dar alimentos, empezaría por establecer, ante todo, la obligación de darlos en los padres respecto de los hijos legítimos, porque tal es el caso que ocurre la mayoría de las veces, siendo de todos conocido, por incultos y pobres que sean, como cosa de experiencia de su juventud: sólo después de esto deben añadirse, á manera de apéndice, las disposiciones especiales relativas á los casos de alimentos, que se verifican de un modo más raro.

Mas ¿y cómo han resuelto los autores del Proyecto esta sencillísima cuestión de forma? Obrando como buenos jurisperitos doctrinales, han determinado en junto una obligación de dar alimentos abstracta, que abraza todos los casos, refiriendo la mayor parte de las reglas jurídicas á tal noción abstracta. En su virtud, determinaron, con todo aplomo, que los alimentos deban prestarse bajo forma de pensión, y admitiendo por vía de excepción que los padres puedan escoger una forma de alimentación distin-

ta. Esta fórmula recuerda, por la manera ingenua con que se cambia en regla la excepción, aquel periódico humorístico que se publica diariamente, excepto los días no festivos. En rigor, con respecto á los alimentos, el modo de alimentación natural es, por fortuna, la regla dominante, supuesto que, en la mayoría de los casos de alimentos, los hijos reciben sus alimentos de los padres en especies, en la casa paterna ó bien de un tercero á nombre de los padres. Quien desee saber cómo se debe proceder para exponer del modo más abstracto é incomprensible que se pueda, una institución jurídica, conocida de todos los ciudadanos sin distinción de clases, bástale leer el título del Proyecto alemán dedicado á la obligación de dar alimentos.

XVIII

CONTINUACIÓN DEL ANTERIOR

Los padres, pues, tienen el derecho de fijar con libertad el modo como deben

dar los alimentos á sus hijos (§§ 1.491, 1.504 y 1.506 del Proyecto). Esta excepción, ó mejor diríamos, esta regla, atrae nuestra atención, porque contiene una gran injusticia respecto á las clases pobres.

En el primer año de su vida, el recién nacido recibe la parte más importante de su sostenimiento, mediante la alimentación natural del seno de su madre ó de otra mujer. Esta alimentación, decimos, natural, absolutamente natural, es, por experiencia, de gran importancia para el bienestar corporal y el porvenir intelectual del niño. Si la alimentación natural se sustituye con cualquier otro medio de nutrición, y si el niño fuese abandonado de cualquier manera, no es raro que la muerte se lo lleve, quedando en muchos casos el niño enfermizo para toda su vida.

Surge aquí aquella regla de derecho, según la cual los padres pueden determinar libremente el modo como se debe dar el sustento al hijo. En virtud de esta norma legal, las familias que tienen y

pueden, transfieren por un tanto la función de la lactancia del niño, en los primeros tiempos de su vida, á mujeres pobres que hayan dado á luz recientemente, y que por tal motivo deberán alimentar á su propio hijo por medios artificiales. El Proyecto no introduce en este punto nada nuevo, porque la nodriza mercenaria, implica una práctica vigente en aquellos países cuya legislación no contiene una disposición semejante.

Si en el sostenimiento de los hijos en sus primeros tiempos se tratase tan sólo de las mujeres de las clases pobres, la regla de que la madre está *personalmente* obligada á alimentar á su propio hijo, estaría ya hace mucho tiempo reconocida por los juristas y filósofos del Derecho, como la más necesaria y la más natural de las disposicianes legales. Porque la naturaleza misma enseña á la mujer, mediante ciertos cambios físicos, á cumplir sus obligaciones maternales, y castiga la transgresión de sus preceptos, mediante ciertos graves daños corporales. Por otro lado, tenemos la máxima gene-

ral de que los actos fundamentales para las relaciones del derecho de familia, deben ordinariamente prestarse por quien tiene la obligación de prestarlos. Además, en las relaciones de obligación que se basan en la confianza personal de las partes contratantes, por ejemplo, en negocios de comisiones ó de sociedad, el Proyecto mismo admite, en caso de duda, la prestación personal solo (§§ 588, y 638 del Proyecto). Ahora bien: á pesar de esto, en un acto tan íntimo de derecho familiar, como es el del sostenimiento del niño en sus primeros tiempos, que no es sino la continuación y el fin de un estado producido mediante el comercio carnal y el embarazo, se quiere que sea lícita la sustitución por terceros, porque así lo reclaman intereses insignificantes, de comodidad, de las clases altas.

Realmente los intereses de las clases ricas, y especialmente de las mujeres, que se dan por contentas con tal disposición, nada significan comparados con el daño que se produce á las clases pobres. Las mujeres sanas de las clases ricas, que

en el cumplimiento de sus obligaciones maternales se hacen sustituir por las nodrizas, no lo hacen por ningún otro motivo sino por comodidad, ó bien por no renunciar á sus recreos sociales. El hijo de la nodriza, en cambio, á quien por tal causa se priva, no sólo de la lactancia materna, sino también de los demás cuidados, caerá enfermo, y muchas veces acabará por morirse. Aquellas mujeres que por dinero abandonan á sus hijos para nutrir á los ajenos, deberían ser aborrecidas, si no supiéramos que la mayoría de las veces acuden á ese extremo impulsadas por la miseria más horrible.

En rigor, las leyes relativas á los hijos ilegítimos son las que hacen que se encuentren mujeres que se prestan á ser nodrizas de las familias. Por lo común, las mujeres casadas son las más propensas á dejar de lactar á sus hijos para procurar la comodidad de personas extrañas. Pero del propio modo que, en virtud de una legislación parcial en extremo, las jóvenes que han dado á luz ilegítimamente caen, inmediatamente después del parto, en la

más baja miseria, así éstas no tienen más remedio que acomodarse á cualesquiera condiciones que les permita sostenerse á sí propias y á sus hijos, aunque sea malamente.

Los daños que de este estado de cosas se derivan, no sólo para los interesados, sino también para las clases pobres, no es fácil determinarlos: en los momentos mismos de mayor sensibilidad, pónense los gérmenes de la corrupción física en millares de criaturas, las cuales más adelante entran á formar parte de las clases pobres, é influyen de un modo desfavorable y siniestro en su naturaleza moral y fisiológica. Por tal motivo, las clases pobres deberían agitarse seria y enérgicamente para remover tales inconvenientes, aun cuando odien y desprecien con fuerza á las mujeres que se han dejado seducir, por individuos pertenecientes á las clases sociales elevadas.

En la esfera propia del orden higiénico, el Estado y la legislación tienen pleno interés en intervenir para regular semejante situación de las cosas. Sin duda

habrá quien, fiándose más de palabras que de razones, acertará con la necesidad de defender la libertad de los contratos y lo sagrado de la vida de familia de los ricos. Pero la afirmación de la libertad contractual, cae por sí misma muy lejos de la esfera más íntima del derecho de familia: ni la esencia legal del matrimonio, ni la de las relaciones jurídicas entre padres é hijos legítimos, pueden ser modificadas substancialmente por medio de contratos. La legislación del Estado no vacila, para mejorar las condiciones higiénicas de las clases obreras, en intervenir de un modo radical en la libertad de las estipulaciones sobre mercancías, estipulaciones que revisten claramente el carácter del derecho privado; y lo hace mediante las leyes acerca de las fábricas y otras medidas legislativas sociales; el período en que los derechos privados formaban una cosa particularísima de los interesados, toca resueltamente á su fin.

Ni acaso pueda hablarse de intervenir, mediante una transformación semejante, de la obligación de dar alimentos, per-

turbando el derecho de familia de las clases ricas. Sin embargo, obligando la ley á las madres legítimas de las clases ricas á cumplir personalmente su deber maternal, las relaciones entre madre é hijo revestirían un carácter más íntimo y más natural, y al propio tiempo se produciría, cuando menos, la posibilidad de un desenvolvimiento más satisfactorio de las relaciones que deberían mediar entre las madres y los hijos ilegítimos. Quien sufriría necesariamente un perjuicio, sería tan sólo la egoísta manía de las diversiones, y el deseo de una cierta comodidad, en las familias ricas.

Para conseguir plenamente tales fines, el § 1.491 del Proyecto alemán debería disponer que los padres tienen, sin duda, el derecho de decidir libremente acerca de la manera según la cual se debe atender al sustento de los hijos; pero advirtiendo que las madres, legítimas y no legítimas, están en todo caso obligadas á nutrir por sí mismas en los primeros tiempos á sus hijos, admitiéndose la sustitución sólo mediante mujeres cuyo hijo hubiera

muerto. Y si tal disposición, á pesar de ser requerida por la justicia y por la naturaleza, no fuere conseguible, dadas las actuales relaciones de potencialidad, cuando menos tal sustitución sólo se debería conceder en aquellos casos en que, previo examen médico del hijo ilegítimo, se reconociese admisible y fuese aprobada por la autoridad popular. Bien sé que hoy por hoy, supuesta la fuerte presión que los intereses de las altas clases sociales ejercen, no se puede pensar en una rigurosa aplicación de semejante principio; pero no obstante, disminuiría el número de los casos en que el hijo ilegítimo es entregado en brazos de la muerte, por falta de los cuidados maternales de la lactancia.

Es seguro, por lo demás, que ninguna prohibición legal impedirá totalmente semejante abuso, si no se regula al propio tiempo, de un modo más justo, la condición jurídica de los hijos ilegítimos. Cuando la madre ilegítima se vea colocada en una posición mejor mediante la ley, seguirá aún más la inclinación natural ha-

cia su niño, en los casos en que el padre sea rico, y lo cuidará y nutrirá. Ahora nos toca considerar más de cerca la condición y relación jurídica de los hijos ilegítimos, tal cual habrá de resultar del Proyecto.

XIX

IMPORTANCIA SOCIAL DE LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS.— REGULACIÓN DEFICIENTE DE LA MISMA EN EL PROYECTO ALEMÁN

La gran importancia social de las leyes sobre los *hijos ilegítimos*, salta á la vista, inmediatamente después que se contempla el número de los nacimientos ilegítimos, en los diferentes países cultos. Recordaré tan sólo que en el Imperio alemán, que por lo demás tiene una cifra poco exagerada de nacimientos ilegítimos, hay, según las estadísticas recientes, el 9 por 100 de los nacidos. Aun cuando la mortalidad de los niños ilegítimos sea de-

masiado grande, á consecuencia de la legislación defectuosa (XVIII) y de otras causas, sin embargo, todavía puede decirse que los individuos cuya posición civil, se halla esencialmente regulada por las leyes sobre los ilegítimos, ascienden á millones en todos los Estados cultos.

Contrasta, en verdad, fuertemente con la gran importancia de las leyes relativas á los hijos ilegítimos, lo exiguo y pobre de las disposiciones contenidas en el Proyecto alemán, así como en la mayor parte de los antiguos Códigos civiles. Aqui, el Proyecto alemán, deja la amplitud y el detalle que se advierten en todas las instituciones jurídicas, que conciernen á los intereses de las altas clases sociales: tan gravísima cuestión resulta tratada en once párrafos, que por la brevedad y concisión pueden rivalizar con las leyes de las Doce Tablas. En cambio, por vía de ejemplo, pueden examinarse las relaciones jurídicas de las cosas extraviadas y encontradas, á las cuales, á pesar de tratarse de una institución jurídica de tan poca importancia, dedica el Proyecto no

menos de diez y nueve párrafos, seguramente porque los ricos se encuentran con frecuencia en el caso de perder alguna cosa de valor. Y, sin embargo, nadie puede desconocer que ninguna otra institución jurídica ha dado motivo á tan numerosos pleitos, como la de las relaciones entre el padre ilegítimo y su hijo.

Semejante concisión no es, en verdad, obra del azar. Reprodúcese en el Proyecto siempre que se trata de relaciones jurídicas, en que los pertenecientes á las clases ricas se encuentran frente á individuos pobres ó débiles, precisamente cuando el deber de los autores del Proyecto era el de asegurar los intereses de estos últimos, mediante amplias y explícitas disposiciones legales. Luego veremos cómo todo lo referente á las disposiciones jurídicas acerca del contrato sobre los salarios, se halla contenido en ocho párrafos, aun á pesar de que la existencia de la mayoría de la nación se encuentra basada sobre tal contrato.

El motivo de semejante proceder fácilmente se adivina. Una disposición legal

clara y precisa concede al débil, en los litigios, una poderosa tutela. El pobre mismo puede en tales casos, aunque por su naturaleza tienda á no conocer profundamente el Derecho, procurarse más fácilmente una firme convicción de la existencia del Derecho, y de otro lado, el contrario no se inclinaría fácilmente á oponerse á un derecho claro y terminante. Y si, á pesar de todo, llegara á iniciarse un litigio, el pobre que está en situación de fundarse en un derecho indudable, encontraría seguramente órganos propicios á hacerlo valer.

Semejante situación cambia por entero, cuando sobre cualquier cuestión de derecho, falta una disposición clara de la ley, y se hace así necesario aplicar el derecho por analogía. Ya antes se expuso detalladamente (IX) cuán perjudicados resultan los pobres y los débiles bajo tal forma jurídica, ante las clases ricas. Las durezas y las injusticias infinitas que el legislador no se atrevería á atizar bajo la forma de una regla jurídica, pasan y viven en casos tales, por obra de los po-

derosos, mediante la aplicación del Derecho por analogía. Porque en un derecho privado como el nuestro, se encontrarán siempre «relaciones jurídicas similares» favorables á la razón de los que pueden, y aun si alguna vez no las hubiera propias para el caso, bastaría el «espíritu del procedimiento jurídico» para cumplir la exigencia impuesta. Fácilmente se comprende así, y la historia del Derecho de todos los pueblos nos confirma, que los pobres y los débiles han preferido siempre leyes duras é injustas, siendo claras y perfectas para su época, á la incertidumbre del Derecho, esto es, á la aplicación del Derecho por analogía, ó del derecho consuetudinario.

XX

CONTINUACIÓN DEL ANTERIOR

Todos los esfuerzos del individuo se encaminan á la *conservación individual*, ó bien á la *propagación de la especie*. De las

tres grandes divisiones del derecho privado, el derecho sobre los medios, ó derecho de propiedad (derechos sobre las cosas, de obligaciones y hereditario), sirve para el primero de los indicados fines, porque contiene aquellas instituciones jurídicas mediante las cuales, llegan al individuo las cosas y las prestaciones necesarias ó útiles, para la conservación de su existencia. El derecho de familia, por su lado, abraza las partes integrantes del sistema del derecho privado, mediante las que se regulan y ordenan la vida sexual y la propagación de la especie humana. Todos los esfuerzos del individuo que no valen para la conservación del individuo mismo, ó bien para la propagación de la raza, caen en el campo de los intereses públicos.

El derecho de propiedad, ó sobre los bienes *(Vermögensrecht)* puede construirse sobre fundamentos muy distintos. En el Estado comunista, el individuo recibiría de un modo inmediato de los órganos del Estado, las cosas y las prestaciones necesarias y adecuadas, para promo-

ver la conservación de su existencia. En nuestro régimen de derecho privado, al que obedecen todos los Códigos civiles, tal operación se efectúa de modo que los objetos de la naturaleza exterior (las cosas) pasan al libre uso del individuo, mediante el derecho privado, con exclusión de todo lo demás, y en virtud de que las estipulaciones por las cuales un ciudadano se ha obligado á ciertas prestaciones respecto de otro, se reconocen jurídicamente válidas y coercibles.

Las clases pobres han tenido siempre la tendencia á destruir las barreras creadas por el derecho privado y á penetrar en el campo jurídico, reservado por las leyes á las clases ricas. Así ocurre que en el año 1886, en el Imperio alemán, fueron condenados por hurto hasta 88.816 individuos, por donde puede inferirse que el número de los ladrones condenados, ó de todos los ladrones en general, debía ascender á centenas de miles, prescindiendo de los individuos condenados por robo, apropiación indebida y ocultación. Este ataque extraordinario de las clases po-

bres, contra el régimen de la propiedad, tiene como consecuencia natural que el Estado procure tutelarlo contra todo ataque, merced á leyes rigurosas; pero considerando el asunto desde el punto de vista social, son principalmente las leyes penales las que protegen y conservan el régimen de la propiedad contra las clases pobres, mientras las acciones civiles tienden con sus fuerzas á sostenerlo contra las violaciones de los ricos.

Puede advertirse una tendencia semejante á entrar en la esfera ajena por parte de los ricos; pero esto no se refiere á la propiedad, sino á la vida sexual de las clases pobres. Por efecto de su propiedad y de los provechos que de ella obtienen sin trabajar, los ricos están en situación de satisfacer ampliamente las necesidades propias para mantener, y hacer prosperar, la existencia individual, resultando así justificada por las leyes psicológicas, su tendencia á ampliar sus mismos goces sexuales, fuera de los límites señalados por el régimen jurídico. Y añádase á esto que la vida sexual extraconyugal de los

ricos resulta motivada y sostenida por los matrimonios tardíos, por la superioridad real de medios y de cultura, y por otros muchos influjos sociales.

No es fácil señalar hasta dónde llega actualmente esta vida sexual fuera del matrimonio de las clases ricas, sobre todo de los hombres, vida, por lo demás, que no puede desenvolverse si no es á costa de la pureza, y de la intachabilidad de la vida de familia de los pobres; realmente, es lo cierto que el número de los hijos ilegítimos de un país, no nos ofrece un apoyo suficiente. Nos aproximaríamos á la verdad, considerando que la vida sexual extramatrimonial de los hombres ricos, vista en su conjunto, no es inferior en su alcance á la vida conyugal en las grandes ciudades, y que en los campos tiene todavía una grandísima importancia social.

¿Pero cuál es la actitud que el Estado y la legislación guardan ante las tendencias invasoras de las clases ricas en una esfera que con razón pasó siempre por inaccesible? Bien se ve aquí la parcialidad

de nuestra legislación civil. En principio reconocemos, es verdad, que la vida sexual extramatrimonial va contra el Derecho y la Moral; pero mientras el Estado amenaza con graves penas á quienes violan los intereses de la propiedad de los ricos, los intereses sexuales de las clases pobres son protegidos de un modo insuficiente, en el derecho civil y en el penal. La legislación del último siglo ha destruído hasta ciertos baluartes, que épocas anteriores elevaran contra aquella tendencia invasora de las clases ricas, y el Proyecto de Código civil alemán quiere, ó así parece, seguir por tan equivocado camino, hasta sus extremas consecuencias, en contradicción con las corrientes de la época.

Bien sé que las relaciones sexuales extramatrimoniales, se producen con frecuencia sucesiva, entre los pertenecientes á las clases pobres. Pero la acentuada parcialidad de nuestra legislación con respecto á esta grave cuestión, se revela, atendiendo por completo á los intereses de las clases ricas, y eso que precisamen-

te en este caso se ofrecía un medio seguro de mitigar la oposición de clases.

El instinto de la conservación individual y el sexual, son casi de idéntica fuerza en sus efectos. Una legislación sabia debería hacer de modo que mediante instituciones jurídicas en relación con el instinto sexual, disminuyese, en lo posible, la dureza de nuestro régimen de la propiedad. Para decirlo de un modo claro y sin disimulos: cuando el hombre rico debe casarse, ó por lo menos indemnizar suficientemente con dinero á la joven que ha satisfecho su concupiscencia, en muchísimos casos se llega, sin perturbar el orden ó régimen de la propiedad, á una composición pacífica de los antagonismos inherentes al derecho de propiedad. Demostraremos especialmente cuán lejos está de tal tendencia purificadora y conciliadora, la moderna legislación civil, y especialmente el Proyecto alemán.

XXI

LA ACCIÓN POR DESFLORACIÓN

Según el Derecho romano, quien inducía á una doncella romana ó á una viuda de vida honesta á tener comercio carnal ilícito, incurría en las más rigurosas penas criminales. El Derecho canónico iba más allá, porque cuando el hombre no hubiese querido ó podido casarse con la mujer seducida, penaba todo comercio ilícito con penas corporales, con la excomunión y con la reclusión en un claustro. En relación con el Derecho canónico, la costumbre judicial del Derecho común, castigaba el comercio carnal ilícito con multa ó arresto, á elección del juez, y la legislación de las diversas provincias alemanas, ha conservado tal punto de vista, hasta los primeros decenios de nuestro siglo.

En cambio, según el Código penal alemán, el comercio carnal ilícito no está

sometido á una pena, en cuanto hubiese ocurrido con mujer de más de *diez y seis* años, salvo que el hombre estuviese con ella en relaciones especiales de obligación, siendo tutor, maestro, preceptor. Ahora, si la joven que no cuenta catorce años de edad, ó bien si una joven honrada que no tiene aún diez y seis años cumplidos fuera inducida al comercio carnal, hay para el caso una pena. Como los casos en que entre el hombre y la mujer existen relaciones de obligación, ó bien en que la joven no ha llegado á los diez y seis años, son raras excepciones, bien puede decirse que el comercio carnal ilícito no se pena, según el Código penal alemán (y según la mayoría de los Códigos penales).

Puede advertirse un desarrollo semejante al verificado en la esfera del Derecho penal prusiano, en lo relativo á las consecuencias civiles del comercio carnal ilícito. Aquí también el Derecho canónico es de los más favorables para la mujer seducida, y no se puede desconocer que en tan importantísima cuestión la

Iglesia ha sostenido con eficacia los intereses de los pobres. Según el Derecho canónico, el hombre debe casarse con la seducida, ó llegar á componerse con ella mediante una indemnización en dinero. Semejante modo de ver fué mantenido por varias leyes locales hasta los tiempos modernos, aunque, por otro lado, no faltaron legislaciones que han negado á la seducida toda acción, por el solo hecho del comercio carnal ilícito.

El Proyecto de que hablamos tampoco admite semejante derecho, ni la querella correspondiente en su caso. En la exposición de motivos se dice claramente (volumen IV, págs. 914 y siguientes) «que por el comercio carnal ilícito como tal, no se deriva en favor de la persona seducida ó que resultare en cinta, ninguna acción para pedir dote ó indemnización, aun cuando hubiera sido seducida ó bien resultare en cinta, durante la época de sus relaciones amorosas, por parte del pretendiente ó prometido,» con lo cual se niega naturalmente el derecho de la mujer, pero no el del hijo ilegítimo que hu-

biere nacido como consecuencia inmediata.

Si preguntamos ahora por qué motivos los autores del Proyecto han rechazado la acción á que nos referimos, admitida en muchísimas regiones de Alemania, lo que al pronto puede afirmarse es que la persona seducida ha admitido el comercio carnal: así ocurre que el Proyecto (§ 706) dispone que no corresponde indemnización alguna en favor del perjudicado que hubiere consentido la acción perjudicial; pero los redactores de la exposición de motivos han olvidado que en las relaciones carnales ilícitas, se trata por lo común de jóvenes menores—de menos de veintiún años,—y, por tanto, dotadas—como le gusta decir en su lenguaje técnico al Código—«de una capacidad limitada para los negocios.» Según el nuevo Proyecto, una menor de tales circunstancias no puede (§ 65) renunciar ni á un derecho ni á una condición de hecho, como la posesión (§ 809), sin el consentimiento de su representante legal; y á pesar de esto, según el mismo Pro-

yecto, puede sacrificar su bien supremo, el honor, con pleno efecto jurídico. No puede estipular un matrimonio sin el consentimiento de su representante legal (§ 1.232), y en cambio puede colocarse sin limitación alguna en concubinato, aun cuando esto sea mucho más perjudicial para su bienestar futuro, que el matrimonio más inferior. En suma, si el Proyecto no quiere hacer una mera legislación de clase y caer así en contradicción consigo mismo, debe admitir la acción de la desflorada, á lo menos en favor de las menores.

Mas, bien mirado, la acción de que se trata se justifica también en favor de la soltera y viuda de conducta irreprochable, que hayan llegado á la mayor edad. La exposición de motivos conceptúa, es verdad, que la acción de que se trata no se puede justificar por razones de orden general, y que admitida actualmente sólo serviría para promover la inmoralidad. ¿Pero cabe en modo alguno razonar que el legislador se proponga á sí propio la cuestión de si una regla de Derecho, se

puede justificar por motivos de carácter general? Un escritor doctrinal que defienda una regla jurídica no mantenida por la ley, no podrá ciertamente eludir tal cuestión; mas el legislador, por su parte, debe pensar únicamente en los intereses de las diferentes clases, y adoptar las disposiciones generales y especiales oportunas. Lo decisivo estribará siempre en saber, si el grupo cuyos intereses deben ser expresados legalmente mediante una regla jurídica, posee poder é influencia suficientes para inducir á los demás grupos sociales á reconocerlo.

Y no es, de cierto, justo, ni admisible por tanto, lo de que la querella ó acción por desfloración no se puede justificar por razones de orden general. La obligación del hombre de llegar á una composición con la desflorada, no puede subordinarse á la obligación de indemnizarla; y en este punto, la motivación no necesita esforzarse para combatir tal opinión. Pero si el Derecho canónico y la costumbre judicial del derecho común, obligan al hombre á dotar á la interesada, han reconocido el

carácter de derecho de familia respecto de las condiciones jurídicas existentes entre ambos, y el Proyecto, que trata del concubinato y de sus consecuencias en el capítulo del derecho de familia, se adhiere á este punto de vista, á pesar de las declaraciones opuestas contenidas en el preámbulo (IV, págs. 851 y siguientes). El derecho matrimonial que puede mantener la mujer, ofrece en la esfera del derecho de familia una fuerte analogía, ya que tal derecho tiene fuerza también en los diversos casos en que no se trata de un matrimonio válido en derecho (Proyecto, §§ 1.251, 1.454).

Y pasemos ahora á examinar la observación sostenida en los motivos del Proyecto, según la cual la acción de que hablamos sirve en la actualidad para... ¡promover la inmoralidad! Realmente no valía la pena tratar de esta razón, si no significase en la literatura relativa á nuestro asunto, un supuesto tan interesante, como el de que casi todas las mujeres de las clases pobres serán otras tantas Mesalinas, en acecho de varones in-

cautos, para sujetarlos en las redes de ilícitos amores. Afortunadamente, las gracias físicas de las mujeres están en proporción inversa de su «capacidad para los negocios:» cuando se trata de una indiscutible «capacidad para los negocios,» por lo común se prescinde de los medios naturales para la seducción. En la mayoría de los casos, la iniciativa para el ayuntamiento ilícito parte de hecho del hombre, y contra éste, y no contra la mujer, es contra quien debe la ley dirigir sus amenazas. Por lo demás, no hay para qué vacilar en conceder al hombre, siguiendo en esto la práctica del derecho común, la facultad de oponer, en caso de acción por desfloración, la excepción de haber sido alentado al ayuntamiento por la misma interesada.

Lo que hay es que, en primer lugar, no se trata de todos estos pequeños sofismas de que están llenos la motivación del Proyecto alemán y los escritos de Derecho que á nuestro asunto se refieren, sino que se trata de la gran cuestión social, de si la legislación del Estado ha de impedir

el perjuicio de la vida sexual de las clases pobres causado por las clases ricas, hasta donde le sea dable hacerlo, en los límites de nuestro orden social. En las obras jurídicas referentes al matrimonio, especialmente en los tiempos pasados, se lee con bastante frecuencia que el «hombre plebeyo» *(gemeine Mann)* no da gran importancia á la virginidad de su esposa en el momento de estipular el matrimonio. Pero á medida que los pobres se elevan por la cultura y por otros influjos, experimentarán mayor vergüenza al saber que, la pureza é integridad de su vida doméstica, han sido sacrificadas por adelantado al deleite pasajero de los ricos, y semejante estado de cosas, contrario al derecho y á la moralidad, es el que resulta tratado con indiferencia por la legislación.

XXII

CÓMO TRATAN Á LOS HIJOS ILEGÍTIMOS EL DERECHO FRANCÉS, LA COSTUMBRE JUDICIAL ALEMANA Y EL CÓDIGO (LANDRECHT) PRUSIANO

Vamos á suponer que se ha verificado el acto de seducción, naciendo como consecuencia un hijo ilegítimo. ¿Cuál es la situación de la madre y del niño?

La cuestión aparece regulada de un modo muy sencillo por el derecho francés (art. 340) y por sus imitadores. Según el derecho francés, está prohibida la investigación de la paternidad ilegítima, ó en otros términos, ni la madre ni el niño pueden producir una pretensión de esa naturaleza frente al padre. En cambio, la madre puede exponer el hijo ilegítimo, sin responsabilidad alguna, en un Hospicio, para que sea sostenido por la beneficencia pública. No puede llevarse más allá la parcialidad y unilateralidad en fa-

vor de las clases ricas: se ponen á cargo del Estado ó de las Corporaciones públicas, los gastos del libertinaje de las personas ricas. Los oradores que sostuvieron el art. 340 del Código francés en la Asamblea legislativa y en el Tribunado, no olvidaron que se trataba de proteger los intereses de la propiedad y de la familia de los ricos frente á los pobres.

La disposición del Código francés es fuertemente injusta y parcial, hasta tal punto, que únicamente puede explicarse como reacción contra una exageración de la legislación revolucionaria, hecha en sentido de fuerte oposición. La Asamblea francesa, la única Asamblea parlamentaria que haya sostenido resueltamente, por lo menos hasta la caída del jacobinismo, el punto de vista del proletariado, reconoció muy pronto, cuánta importancia tiene para los intereses de las clases pobres el ver regulada, con arreglo á justicia, la condición jurídica de los hijos ilegítimos. Por este motivo la legislación revolucionaria, no sólo mantuvo íntegro el derecho á los alimentos, frente al pa-

dre ilegítimo, derecho reconocido ya por el antiguo derecho francés, sino que la Convención, en su sesión del 4 de Junio de 1793, votó el principio de que los hijos ilegítimos debían gozar de un derecho hereditario sobre los bienes del padre y de su madre. Pocos meses después, la ley del 12 Brumario II (2 Noviembre 1793) establecía que los hijos ilegítimos tienen los mismos derechos hereditarios legales, sobre los bienes del padre ó de la madre, que los hijos legítimos; y en aquella misma ley se reconocía un recíproco derecho hereditario *ab intestato* entre el hijo ilegítimo y los parientes colaterales por la línea materna ó paterna, en cuanto el causante no dejase herederos en línea ascendente ó descendente.

Claro es que por esta ley los hijos legítimos y los ilegítimos venían casi á quedar equiparados. en sus más esenciales relaciones. La Convención iba por tal camino demasiado lejos, y por virtud de su misma exageración, determinó la reacción contraria ocurrida más tarde. Realmente, mientras la propiedad y el matri-

monio existan en su forma actual, es imposible equiparar, ni aun aproximadamente, los hijos legítimos á los ilegítimos, sin barrenar ambas instituciones jurídicas, y por ello no hay más remedio que acudir á los perjuicios penales y pecuniarios, para apartar á las clases ricas de las usurpaciones sexuales de las clases pobres. Si se quiere ir hacia adelante, es preciso, ante todo, transformar el régimen de la propiedad, el cual forma la base social de toda la diferencia existente entre los hijos legítimos y los hijos ilegítimos. Y tal fué la gran contradicción en que caía la Asamblea mientras sostenía el punto de vista del proletariado: quería mantener inalterable en su forma tradicional la propiedad privada, y al propio tiempo proteger las clases pobres contra los prejuicios sociales y políticos, que son secuela inevitable de tal derecho.

La costumbre judicial alemana y la mayoría de las legislaciones regionales, mantienen un punto de vista distinto del mantenido por el Código francés, reconociendo en el hijo ilegítimo el derecho á

reclamar alimentos del padre; y con respecto á nuestra cuestión, sostienen el modo de ver alemán aun aquellas legislaciones que, como la de Baden, han aceptado, en su conjunto, el derecho civil francés. En tal concepto, es preciso citar, especialmente, con aplauso el *Landrecht* prusiano, cuyos grandes autores, en éste como en otros puntos, han demostrado ser muy favorables á los intereses de los pobres y de los oprimidos. Permítaseme exponer en sus rasgos principales las disposiciones (hoy suprimidas) de tal Código, para que puedan compararse con las del Proyecto de Código civil alemán. Esta comparación demostrará claramente qué posición había tomado, en tan importante asunto, la antigua legislación prusiana ante los intereses del proletariado, sin influjo aún, y cómo los autores del Proyecto quieren resolver la misma cuestión en una época en que las clases pobres del mundo culto, han alcanzado una importancia política notable.

El *Landrecht* prusiano concedía á la mujer seducida, el derecho de reclamar

contra el hombre, únicamente en el caso de que hubiera resultado en cinta mediante comercio ilícito una mujer de conducta intachable, núbil, ó bien viuda: si la relación carnal no tenía ninguna consecuencia, el hombre no tenía ninguna obligación. En el caso de que resultare en cinta una mujer, por virtud de comercio carnal ilícito, el hombre debe indemnizarla según su situación propia y sus bienes; pero el total de la indemnización no puede en ningún caso superar á la cuarta parte de la riqueza del varón (véase *Landr. prus.*, II, I, §§ 1.015, 1.032, 1.033, 1.061, 1.065, 1.069, 785). La mujer seducida puede reclamar al hombre un resarcimiento de gastos por los derivados del parto (*Landr. prus.*, II, I, §§ 1.016 y siguientes).

El *hijo* ilegítimo, según el *Landrecht* prusiano, puede exigir al padre que lo mantenga y eduque, sin tener en cuenta si su madre fué de buena ó mala conducta; pero siempre en la proporción equivalente á los gastos que una persona de la burguesía modesta ó del campo;

haría para la educación de su hijo legítimo. No es admisible la excepción de que la madre, durante la época de la concepción, hubiese tenido comercio con otros; antes el tutor puede citar á éstos uno después de otro, según el orden prefijado (véase *Landr.*, II, I, §§ 612, 619, 620, 626).

Aún son más favorables para la madre y para el niño las disposiciones del *Landrecht* prusiano, en el caso de que la fecundación extramatrimonial se hubiera efectuado bajo promesa de matrimonio. En tal supuesto, el juez debe, en general, reconocer á la seducida; nombre, grado y posición del seductor, y además los derechos de una mujer divorciada inocente (id., II, I, §§ 1.035, 1.037 y siguientes). El hijo dado á luz por la seducida tiene, en este caso, todos los derechos de los hijos procreados en un matrimonio legalmente válido (id., II, I, §§ 592 y siguientes). Tales hijos tienen además, naturalmente, un derecho sobre la herencia paterna. Las mismas consecuencias jurídicas que las resultantes de una

fecundación ocurrida bajo promesa de matrimonio, surgen, para la madre y para el hijo, en aquel caso, en que el ayuntamiento se hubiere verificado por estupro: tales consecuencias aplícanse también cuando la unión carnal verificada por violencia, no hubiere dado vida á un hijo (id., II, I, §§ 1.115, 1.116; II, 20, §§ 1.048 y siguientes) (1).

Considero que mediante semejantes disposiciones, á las que podríamos añadir algunas más, el *Landrecht* había delineado en su conjunto, de un modo exacto, la esfera respectiva de los intereses de las clases ricas y la de las pobres. Salva las exageraciones de la legislación de la Convención, al no reconocer como principio general en los hijos ilegítimos un derecho hereditario sobre los bienes del padre (*Landr.*, II, I, §§ 647 y siguientes); pero al propio tiempo atiende á la madre del hijo ilegítimo, para que no caiga, como

(1) Acerca de la discusión provocada por las indicadas disposiciones del *Landrecht* prusiano, véase Bornemann, *Preuss. Zivilrecht*, vol. V, 2.ª edic. (1845), pág. 327.

consecuencia de su falta, en la miseria, y para que el hijo no nazca desde luego destinado al sufrimiento.

Claro es que las disposiciones citadas, relativas á la cuestión que estudiamos, fueron siempre miradas con malos ojos por las clases ricas. Ya en un principio las tres primeras partes de la parte segunda del *Landrecht* prusiano, que contenían las normas referentes á los hijos ilegítimos, fueron puestas en vigor trabajosamente, y no en todas las provincias; y más tarde fueron impugnadas con pasión, en la teoría y en la práctica. Juristas de valía declararon abiertamente «que el *Landrecht* se excedía exageradamente en favor de la mujer.» Luego, cuando por la caída del Gobierno absoluto, los intereses sociales de las clases ricas tuvieron un órgano propio en el *Landtag* prusiano, las disposiciones del Código fueron cambiadas en sus fundamentos por la ley de 24 de Abril de 1854. El contenido substancial de tal ley, mediante la que, so pretexto de sostener las viejas costumbres germanas, se introdu-

jeron las doctrinas capitales del Código francés, lo discutiremos por separado á continuación.

XXIII

LA LEY PRUSIANA DE 24 DE ABRIL DE 1854. —LA EXCEPCIÓN DE HONESTIDAD

El Proyecto de Código civil alemán ha adoptado en la cuestión que se debate el punto de vista alemán, aunque con notables restricciones. La obligación de dar alimentos al hijo ilegítimo, incumbe al padre primero que á la madre, y á los demás parientes del mismo. Es, sin embargo, padre del hijo ilegítimo el que durante la época del embarazo—esto es, desde el día ciento ochenta y uno al trescientos antes del nacimiento del niño—ha verificado el acto carnal con la madre, *excepto en el caso de que dentro del periodo dicho otro hubiere realizado el acto carnal con la madre* (artículos 1.571 y 1.572 del Proyecto). La idea legislativa base de ta-

les disposiciones, es, según esto, que sólo se debe reconocer ó admitir la pretensión del hijo ilegítimo, en el caso de que la generación por parte del padre natural no dé lugar á dudas (admítese, pues, la *exceptio plurium constupratorum*).

Esta excepción, aceptada por el Proyecto alemán, pertenece á aquella numerosa clase de medidas que tienden, sin género de duda, á quitar en gran parte á las clases pobres los beneficios que por sí mismas les ha negado ya nuestra institución judicial. No puedo fijarme en las muchas excepciones, suposiciones y reglas probatorias, que la práctica jurídica ha sabido excogitar á este efecto. Sin embargo, quiero fijarme en dos puntos solos, siguiendo la precitada ley prusiana de 24 de Abril de 1854, porque bien puede darse el caso de que las opiniones que sirven de fundamento á esta ley, lleguen á imponerse durante la discusión del Proyecto de Código civil alemán.

El Derecho prusiano hoy vigente, niega, ante todo, al hijo ilegítimo el derecho de pedir alimentos al padre cuando la

madre *no es una persona de honestas costumbres*. Este hecho debe maravillarnos y sorprendernos, en cuanto entraña el supuesto de que un defecto moral de la madre puede privar al hijo de sus derechos. Pero la sorpresa debe aumentar todavía: ¿cuáles son, en efecto, según el legislador, los hechos que deben motivar la imputación de una conducta censurable? El hecho de que la mujer haya aceptado dinero ó *regalos* en pago de la consumación del acto carnal, debe ser suficiente para conceptuar probado lo de la conducta censurable, con todas sus consecuencias respecto del bienestar del hijo.

Sin exagerar, se puede decir que, mediante esta sola disposición, la mayoría de los hijos ilegítimos nacidos de relaciones entre hombres ricos y muchachas pobres, resulta privada de sus derechos á los alimentos, y por ende condenados á perecer ó vivir en la miseria. Quien quiera que tenga un poco de práctica en los pleitos por paternidad, puede confirmar que, en las costumbres populares, la concesión de sus favores por una muchacha

pobre á un hombre rico, se considera como un sacrificio que el rico ha debido recompensar de algún modo. Y esto es precisamente el «pago mediante regalos,» si se quiere que la expresión, obscura y contradictoria de suyo, tenga algún sentido. Así, la práctica del suprimido Tribunal superior prusiano, que por la gran unilateralidad de semejantes disposiciones resultaba incoherente, consideraba que cuanto una mujer recibe del hombre á quien concede ó vaya á conceder sus favores, debe comprenderse en dicho concepto, siendo, por tanto, indiferente el que la recompensa se hubiese verificado antes ó durante la época del embarazo, por el presunto padre ó por un tercero; debiendo añadirse también, que en estos casos se trata, la mayoría de las veces, de muchachas de las clases pobres, las cuales no se hallan en situación de medir la importancia ó gravedad que puede tener, para ellas y para los nacidos ilegítimos, la aceptación de regalos. No creo que la parcialidad pueda nunca resultar más clara.

El segundo hecho que, según la ley de 24 de Abril de 1854, debe motivar la excepción relativa á la conducta honesta, consiste en que «la mujer en cinta goce fama de llevar una vida licenciosa.» Esta disposición también se revuelve contra las clases pobres, porque si para las muy custodiadas mujeres de las clases sociales elevadas, no faltan á veces malas lenguas, realmente muy pocas mujeres, de esas que deben ganarse la vida rodando por el mundo, expuestas á múltiples seducciones, podrán librarse de las acusaciones de la maledicencia: sólo los modelos de virtud. La simple circunstancia de que se hayan difundido después de la seducción rumores de una vida disipada, bastará para privar á la madre y al hijo de todo derecho á reclamar auxilio de su padre: no importa que no se hayan podido precisar de ningún modo, hechos concretos que acrediten tales rumores. Los hombres llamados á responder, por la madre ó por el hijo, de la alimentación, sírvense naturalmente de esta arma que la ley pone en sus manos, para librarse á

buen precio de una obligación gravosa, no siendo como no es difícil encontrar entre las personas que viven cerca de la madre, gentes que depongan en perjuicio de la misma, haciendo por tal modo que en las causas por paternidad, según lamentan los jueces prácticos prusianos, abunden las obscenidades y las bajezas.

Inútil parece continuar esta exposición, puesto que los efectos de la ley resultan ya de cuanto hasta aquí queda dicho. La ley exige de la pobre joven, inculta y perteneciente á las clases desheredadas, expuesta á todo género de seducciones, la misma moralidad que se puede en derecho pretender de la joven custodiada y que vive en el lujo, perteneciente á las clases altas de la sociedad, y precisamente para ahorrar al hombre rico el ejercicio de la cantidad mínima de moralidad y humanidad. Brüggemann, durante la discusión en la primera Cámara preparatoria de la ley de 24 de Abril de 1854, caracterizó la indicada penalidad de este modo:

Es verdad, decía el orador, que cuando

el pastor ó la grey saben que el lobo los acecha, el rebaño se hace más tímido y el pastor más precavido. Pero jamás he oído que los propietarios de grandes manadas hayan colocado en sus proximidades grandes grupos de lobos para aumentar la vigilancia de los pastores; y si se quisiera dar mayor seguridad á la propiedad sabiendo que se halla expuesta á robos, nadie propondrá dejar en libertad é impunes á los ladrones para que la propiedad se cuide y custodie mejor. Nosotros dejamos libre al sexo *masculino* de todas las trabas, excitándole al asalto; y para justificarlo, decimos que de ese modo el sexo *femenino*, haciéndose más cauto, resultará más honesto.

XXIV

LA EXCEPCIÓN DE INFIDELIDAD.—«EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUM»

Además de excepcionar la falta de honestidad, puede, según la ley de 24 de Abril de 1854, el seductor defenderse con-

tra la querella de alimentos presentada por el hijo ilegítimo, presentando la excepción de que la *madre, durante la época del embarazo, ha tenido relaciones carnales con otros hombres* (esto es, la llamada *exceptio plurium concubentium* ó *constupratorum)*. Este medio de defensa particular, considerado en las obras jurídicas alemanas como excepción contra otros que hubiesen tenido comercio carnal con la seducida, quiero llamarlo en el presente trabajo la excepción de infidelidad durante el embarazo.

Si, por un lado, el Proyecto de Código civil alemán no concede á la falta de honestidad de la madre ningún efecto suspensivo respecto de la reclamación de alimentos presentada por el hijo ilegítimo, el Proyecto, por otro lado, como resulta de ciertas citas hechas en el artículo anterior, admite la excepción de infidelidad. Tal excepción está aparentemente fundada en la naturaleza de las cosas mismas, mejor que la excepción anterior; pero, en realidad, ambos motivos de defensa concurren á favorecer los in-

tereses de las clases ricas á costa de las pobres.

Consideremos, en primer término, el contenido social de la excepción relativa á la fidelidad, ya que las construcciones y las motivaciones jurídicas no tienen otro fin que el de dar á las reglas de derecho, que sirvan para expresar el interés de ciertos grupos del pueblo, la fuerza de consecuencias jurídicas.

Fijándonos en la excepción de infidelidad, despojada de todos los accesorios jurídicos, pretende de la seducida que durante la época del embarazo (véase XXIII) se mantenga fiel al hombre con el cual tuvo una ó varias veces comercio carnal. Semejante fidelidad puede sin más pretenderse de las jóvenes de las clases ricas, porque su posición social las sustrae á las seducciones, y ciertos defectos morales pueden reprimirse mediante una cuidadosa vigilancia. Pero al pretender otro tanto de las jóvenes de las clases pobres, se exige de ellas una fuerza de voluntad ó un continente moral que, naturalmente, no pueden ser propios sino de una

muy escasa minoría. No se olvide que deben ganarse el pan fuera del hogar paterno, la mayoría en una edad en que por experiencia se sabe que su juicio no es completamente firme y maduro, y que allí fuera les espera y acecha la seducción bajo muy variadas formas. Con razón las pobres, más que la miseria de su vida, consideran como amarga consecuencia de su pobreza, la necesidad de abandonar en edad temprana á sus hijas, en medio de los peligros de la corrupción física y moral. Mas una cuestión como ésta, que principalmente se refiere á la mujer de las clases pobres, es necesario intentar resolverla desde el punto de vista de estas mismas clases y de las necesidades sociales que á ellas corresponden.

Aún se advierte de un modo más claro la injusticia de la excepción de infidelidad—y esto es lo normal en la vida práctica—considerando que, la reclamación de alimentos, se presenta por el hijo de una muchacha pobre, contra un hombre que no lo es. Sabido es que los individuos de las clases ricas estiman sus relaciones

extraconyugales, la mayoría de las veces, bajo un aspecto sexual grosero, y que en el comercio carnal ilícito sólo ven un placer transitorio. Por otra parte, en esos casos falta por completo en la mujer el más poderoso impulso hacia la fidelidad, esto es, la perspectiva del matrimonio, porque, en la mayoría de los casos, los matrimonios no se celebran sino entre personas de igual posición social. Así, pues, si el legislador exige que una de las partes, precisamente aquélla más pobre y menos culta, guarde tal relación como una relación moral y se mantenga fiel á la otra parte, cae, sin duda, en la más grande parcialidad. Y aun ciertos derechos privados, el del nuevo Proyecto alemán entre ellos, piden de la muchacha pobre que se mantenga fiel al hombre, sin cuidarse, por otra parte, de que el niño podrá ser entregado á la miseria ó perecer por virtud de la falta de alimentos.

Cosa extraña por demás: la excepción de infidelidad sirve, según el Proyecto, sólo para la comunidad sexual extra-

matrimonial, no para el matrimonio legítimo. El hombre que durante el período del embarazo ha compartido con otros el favor de su mujer, puede presentar la indicada excepción frente al nacido; pero debe reconocerlo como legítimo y mantenerlo. «Si durante la época del embarazo, dicen los Motivos, el hombre ha tenido relación con su mujer, prescindiendo de casos muy raros y que, por tanto, no deben tenerse en cuenta, no se puede rechazar la posibilidad de que el marido sea el padre del niño, aun en el supuesto de que la mujer hubiera sido culpable de adulterio, y éstos ó aquellos indicios inclinen á suponer la paternidad de un tercero. Débese, no obstante, considerar como el menor de los males, la menor de las injusticias la de tratar, excepcionalmente, á un hijo en realidad ilegítimo como hijo del marido, que no tratar á un hijo legítimo efectivamente como ilegítimo.» (Mot., IV, pág. 654.)

Yo pido ahora á quien vea las cosas desapasionadamente, si no se pueden aducir tales proposiciones genéricas, quizá con

mayor fuerza, en favor de los hijos ilegítimos. Porque cuanto los redactores del Proyecto dicen luego para justificar la diferencia entre hijos legítimos é ilegítimos (Mot., IV, 885), al sostener el interés de la dignidad del matrimonio y de la conservación de la familia, no hay manera de tomarlo en serio. La dignidad de un matrimonio que ha sido efectivamente deshecho y contra el cual concede la ley, en tal supuesto, el escándalo del divorcio (§ 1.441 del Proy.), es, en realidad, una palabra vacía, debiendo los supuestos de las condiciones de la familia de los hijos legítimos ser tratados, según las reglas análogas, con doble rigor, precisamente porque la ley liga, con las mismas consecuencias jurídicas, al padre y á los demás parientes.

Prácticamente aquí, deciden también las condiciones de potencialidad, puesto que para el niño de la esposa legítima intervendrán siempre, en esos casos dudosos, los parientes, los cuales son la mayoría de las veces iguales al marido en posición social, pudiendo, por tal mo-

tivo, ejercer un influjo que siempre falta frente al rico en favor de los hijos ilegítimos nacidos de mujer pobre. De ahí ha nacido la presunción romana *pater est quem nuptiæ demostrant* para los hijos legítimos, y en la jurisprudencia alemana la *exceptio plurium constupratorum* para los hijos ilegítimos.

Si se considerase el derecho privado, no sólo desde el punto de vista de las clases ricas, sería preciso conceder la excepción de la fidelidad respecto á los hijos, precisamente en el matrimonio y en las condiciones de intimidad sexual extramatrimonial á él análogas. Cuando dos personas de igual posición social, respecto de las cuales no se puede excluir la perspectiva del matrimonio, viven continuamente en relaciones íntimas, se puede de hecho en justicia, pedir la fidelidad, y admitir la excepción de infidelidad. Pero por lo mismo que no es posible establecer con suficiente certeza los supuestos de tal excepción, se compagina mejor con las exigencias de la justicia, el que se niegue en general la excepción de

la infidelidad con respecto á la pretensión de alimentos, presentada por el hijo ilegítimo.

Estas relaciones sociales del problema que nos preocupa, me parecen muchísimo más importantes que los razonamientos «jurídicos» desenvueltos en los motivos del Proyecto para admitir la excepción de infidelidad. Esencialmente ésta puede resumirse en el sentido de que el acto carnal de algunos durante el período del embarazo, hace que resulte insegura la paternidad, y que por esto la demanda de alimentos del niño ha de relacionarse con la paternidad efectiva, necesaria. No puede, dicen los Motivos, haber duda que desde el punto de vista de la consecuencia jurídica, el hecho del acto carnal consumado con algún varón durante el embarazo, ha de considerarse como acto importante. La relación natural entre el hijo y el procreador, supuesto de la base capital para la obligación de los alimentos, no se puede, en un caso tal, fijar, por lo que el Derecho no existe.» (Mot., IV, 885.)

Más arriba he tratado ya del aspecto social-político de la cuestión. Mi propósito aquí es demostrar que no es la «consecuencia jurídica» lo que ha llevado al legislador á resolver casos tales en sentido completamente opuesto, cuando, como en el presente, no están en pleito intereses contrapuestos de clases pobres y clases ricas, sino intereses generales de la seguridad corporal y de la riqueza.

En nuestro caso, trátase de ciertos individuos que han cometido una acción inmoral, contraria también al Derecho, y de ella nace una consecuencia no querida por los interesados, que además no es posible definir como sus autores verdaderos. Nuestros Códigos penales no tienen escrúpulo alguno en señalar graves penas en casos semejantes. Así, v. gr., si en una riña ó agresión ocurriese, por culpa de uno ó de varios, la muerte, ó bien una lesión grave de un individuo, el Código penal alemán (§ 227) dispone que todos los que hayan tomado parte en la riña ó en la agresión, sean castigados, por el mero hecho de la codelincuencia, con

cárcel de uno á tres años, cuando no hubiesen sido arrastrados á tomar parte en el hecho, sin su culpa. Aquí el legislador no sostiene el mismo razonamiento que en el caso del comercio carnal ilícito. No siendo la coparticipación en una riña punible por sí misma, y no pudiendo establecerse la conexión causal entre la muerte ó la lesión grave de un individuo y un autor dado, todos deberían quedar impunes; pero no: se decide, muy razonablemente, que precisamente por la misma incertidumbre, todos los participantes deben ser castigados.

¡Pero aún hay más! Los redactores del Proyecto andan también muy lejos de ser consecuentes en su «consecuencia jurídica.» Cuando varios individuos, obrando en común, ya como instigadores, ya como autores, ya como cómplices, han causado un daño, el Proyecto decide (§ 714) que sean solidariamente responsables. Otro tanto ocurre en el caso de que en un daño causado por varios, aun cuando no todos hayan obrado en común, no sea posible descubrir la parte tomada por

cada uno. En este último caso, la conexión causal entre la acción de cada individuo y la consecuencia resultante no se pueden determinar, como ocurre en el comercio carnal ilícito; por lo que es preciso considerar que tanto en uno como en otro caso todos los autores han debido tener parte en el resultado (véase id., II, pág. 738). Lo que hay es que en los referidos daños á la propiedad, por lo común, hállanse en pleito intereses de las clases ricas, y la redacción del Proyecto no siente escrúpulo alguno en declarar solidariamente responsables á cuantos en el hecho hubieran tomado parte (§ 714 del Proyecto).

Los ejemplos aducidos deben ser suficientes para convencer á todo el que desapasionadamente vea la cuestión, de que al suscitar la excepción de infidelidad no se trata de «consecuencia jurídica,» sino de favorecer los intereses sexuales de las clases ricas. Y, sobre todo, de una parte de ellas, precisamente de aquéllos que menos merecen tal protección y favor.

Quisiera, por fin, llamar la atención

hacia una cuestión más bien procesal que otra cosa, pero muy importante. En la mayoría de los países en que ha sido admitida la excepción de la infidelidad, el hijo ilegítimo debe probar en el pleito por alimentos, el acto carnal consumado por el demandado, durante el período del embarazo, y éste, en cambio, probar la unión con otros individuos durante dicho período. Ahora, en cambio, según el § 1.572 del Proyecto y según los Motivos (IV, 869), se pretende poner á cargo del hijo ilegítimo también la prueba de que durante el período indicado su madre no ha tenido relación carnal con otros hombres. Estimo que semejante prueba, vergonzosa y contraria á todo, llevará por sí misma á las mejores entre las jóvenes seducidas, á prohibir al tutor presentar la demanda de alimentos, cargando por entero con tal deber á su costa. En los casos en que, no obstante, se presentasen las correspondientes demandas, el demandado reunirá, por precaución procesal, todos los hechos y los indicios que puedan demostrar la infidelidad de la ma-

dre, contraponiéndolos á la prueba aducida por el hijo ilegítimo, convirtiéndose por tal modo estos pleitos en pleitos de obscenidad y de bajezas. Cierto que en la mayoría de los casos el Tribunal desarrollará tales procesos á puertas cerradas; pero la noticia de la existencia de litigios tan picantes divulgaráse pronto entre las clases bajas, por los testigos ó por cuantos de otro modo intervengan en el proceso. Ahora, que cada cual decida en conciencia si debe aconsejarse en nuestra época la obtención forzada, mediante la legislación, de procesos tan obscenos, en los cuales las clases ricas no representarán, de cierto, un papel envidiable.

XXV

LÍMITE DE LAS PRETENSIONES POR CAUSA DEL COMERCIO CARNAL ILÍCITO

Hablemos ahora del límite *de los derechos* que corresponden á la madre y al hijo como consecuencia del acto carnal

ilícito. Difícilmente podrá encontrarse otra ley que, como el Proyecto alemán, llegue tan allá en lo de dificultar la realización de tales derechos.

Con relación á las pretensiones propias de la mujer seducida, ya he dicho (XXI) que el acto carnal extramatrimonial no establece ningún derecho á favor de la mujer, si no fuese seguido del nacimiento de un hijo ilegítimo. Pero en el supuesto de que el hijo ilegítimo naciese, el padre de éste está obligado á indemnizar á la madre en los límites de lo puramente necesario, tanto en lo referente á los gastos del parto, cuanto en los relativos á la alimentación, durante las siete semanas siguientes al nacimiento del hijo ilegítimo (§ 1.577 del Proy.) Las reclamaciones de la seducida limítanse á esta indemnización, aun cuando el acto carnal se hubiese consumado bajo promesa de matrimonio, en cuyo caso el Código prusiano, si no existen impedimentos matrimoniales, reconoce en la mujer los derechos de una mujer divorciada inocente. Las obligaciones del hombre no

aumentan tampoco, cuando el acto carnal ilícito hubiese sido efectuado, mediante un delito ú otra acción punible. En todos estos casos la seducida podrá pretender, además de los gastos del parto, una indemnización, únicamente cuando pudiera probar que ha experimentado un daño en sus bienes, lo que no ocurrirá sino excepcionalmente (§ 221 del Proy. y Mot., II, 753). Sólo en los casos en que se tratase de graves delitos contra la moralidad, v. gr., de estupro, podrá la joven en cinta ser igualmente indemnizada, aun sin producir la prueba de haber experimentado un daño en sus bienes (§ 728 del Proy. y §§ 176, 177, 179 y 182 del Código penal).

Por lo que se refiere á las pretensiones propias del *hijo*, el padre debe darle, en todo caso, los alimentos estrictamente necesarios sólo, y eso hasta que haya cumplido los catorce años de edad (§ 1.573 del Proy.) Estos alimentos, estrictamente necesarios, el padre ilegítimo está obligado á darlos también en el caso de que el acto carnal hubiera sido consumado

bajo promesa de matrimonio, caso éste en el que el *Landrecht* prusiano reconoce, según ya dijimos más arriba, al hijo ilegítimo los mismos derechos de un hijo legítimo. Pero más aún: lo que pudiera estimarse como cosa imposible pasa en el Proyecto por un derecho incontrastable: los alimentos estrictamente necesarios persisten inalterables aun cuando el acto carnal ilícito hubiera sido consumado mediante estupro ú otra acción criminosa.

Considérese, pues, en qué terrible situación se encuentran, según el Proyecto de que hablamos, las mejores entre las muchachas pobres ante ricos y libertinos, que para satisfacer sus pasiones no se paran ante el estupro ó ante otras acciones criminosas. Y cuenta que es verdad demasiado cierta, el que para los más son las muchachas más bellas y más virtuosas de las clases pobres, las que mejor satisfacen el delito, y las que sólo mediante el crimen pueden ser gozadas, quedando víctimas mil veces de viles atentados, ya que por la naturaleza mis-

ma de las cosas se consuman éstos con harta más frecuencia que los Tribunales los castigan. Si el Derecho civil decidiese, como el *Landrecht* prusiano, que en tales casos se reconociera en la madre y en el hijo el derecho conyugal, restableciéndose así de hecho el honor de las víctimas, tales crímenes contra la moralidad serían sometidos por los interesados con mayor frecuencia al conocimiento de los Tribunales, consiguiéndose por tal modo refrenar eficazmente su repetición. Mas como están ahora las cosas, esto es, teniendo en cuenta que el Proyecto señala á la víctima de un crimen vergonzoso, en el mejor de los casos, «una equitativa indemnización,» y al hijo «los alimentos estrictamente necesarios,» la joven preferirá, con razón, que quede oculta su deshonra entre sus parientes, á conseguir por la fuerza, con la amenaza de una querella criminal, condiciones materiales un tanto beneficiosas, de su seductor. Y así ocurre, que mientras el Estado debería hacer todo género de esfuerzos para garantir ó tutelar los intereses de seme-

jantes infelices mujeres, éstas, para alcanzar una modestísima indemnización, deben acudir á una acción que tiene mucho de violenta y difícil. ¡Cómo maravillarse si, en semejantes circunstancias, las clases proletarias estiman estas disposiciones legales, que constantemente se les recuerdan, como una grave injusticia!

Pero prescindiendo de los casos en que la joven haya sido hecha madre de un modo contrario al Derecho y á la Moral, no es ni justo ni oportuno obligar al padre á prestar únicamente los alimentos más estrictamente necesarios. La sustentación estrictamente necesaria, es una tasa determinada, por la cual se fija la renta mínima de los pobres, gravándola más fuertemente que las grandes rentas de los ricos. Tal disposición del Proyecto es, pues, un privilegio injusto de las clases acomodadas y ricas, al modo como en la legislación financiera lo sería un impuesto de capitación igual para todos. Según el *Landrecht* prusiano, que en esto aún rige, el derecho á los alimentos es una tasa fija; pero se calculaba según los

gastos que importaría la educacion de un hijo legítimo, perteneciente á una familia de campesinos ó de burgueses modestos. Sobre la entidad de los alimentos, el Proyecto se queda detrás hasta de la misma ley de 24 de Abril de 1854, exagerando, por tal modo, al más alto grado, su parcialidad en favor de los ricos.

Mejor sería, en vez de señalar el derecho á los alimentos de los hijos ilegítimos con tasa fija, determinarlo con relación á las rentas del padre. En Alemania, y en otros grandes Estados, hay millones de hijos ilegítimos que en su mayoría han sido procreados por padres ricos. El sano criterio de las clases pobres, jamás podrá comprender que el padre rico deje al hijo propio en el proletariado, por el hecho de concederle alimentos deficientes, condenándole á serle por siempre extraño. Precisamente en nuestros tiempos, el Estado tiene el fin imprescindible de impedir que se produzcan tan desfavorables condiciones, que, por su misma naturaleza, son fuente de los más serios antagonismos sociales, y de procurar que el pa-

dre, cuando sus rentas se lo permitan, coloque á su hijo ilegítimo en las clases sociales elevadas.

En un caso, sobre todo, se deberían traspasar los límites de la pensión concedida por el padre, y otorgar al hijo el derecho de poder producir respecto de él, una reclamación de alimentos en proporción á la condición de que aquél goce: cuando al procrear su hijo ilegítimo el hombre hubiere llegado á una edad en la cual el matrimonio parezca ya improbable, puede creerse que la relación ilícita sustituye para él el matrimonio, y, por consiguiente, debería estar obligado á á mantener al hijo en una forma proporcionada á las exigencias de su posición. El límite de tal edad podría ser los cuarenta años. Esta obligación acrecentada de los alimentos sería, al propio tiempo, uno de los más humanos y oportunos castigos del celibato, respecto del cual se suscitan, como es sabido, muchas dudas.

XXVI

ÉXITO PROCESAL DE ESTAS PRETENSIONES

No puedo dar por terminada esta crítica sobre las disposiciones legales relativas á los hijos ilegítimos, sin antes considerar el *lado procesal* de la cuestión. En el capítulo anterior he demostrado ya, cómo nuestro procedimiento civil resulta perjudicial á los intereses de las clases pobres, en cuanto excluye, ordinariamente, la intervención autónoma del juez. Este defecto general de la administración de la justicia civil influye en nuestros casos, pesando doblemente sobre las espaldas de los pobres, porque la mujer madre fuera del matrimonio resulta colocada, con su niño, en estado realmente desesperado. En el supuesto de una necesidad urgentísima, sería de desear que se autorizase al juez á obligar al padre del hijo ilegítimo, aun antes de que se diese por concluído el pro-

ceso acerca de la paternidad, previo examen sumario, á pagar los gastos del parto y de la alimentación.

En el matrimonio, en que por lo común se trata de personas de condición igual, el legislador no ha podido menos de reconocer la necesidad de una disposición análoga. Según el Proyecto (§ 1.462), la mujer que solicita el divorcio, ó la separación de cuerpos, puede pedir, una vez comenzado el litigio, que el juez decida la suspensión de la cohabitación, y obligue al marido á darle á ella y al hijo alimentos. La mujer no queda un momento privada de alimentos, puesto que no puede abandonar la casa del marido, antes de que el juez no le haya librado de la obligación de la cohabitación, y entre tanto recibe el alimento en especie en el domicilio conyugal.

El *Landrecht* prusiano ha dispuesto cosa análoga respecto de la madre y del hijo ilegítimo (II, I, §§ 1.019 y siguientes), hasta donde fuese posible, dada la diversidad de condiciones. Según lo dispuesto en este monumento legal, la mu-

jer madre podía emplazar al padre ilegítimo antes del parto, para obligarle al pago de los gastos del parto y de alimentos durante siete semanas. Demostrado el embarazo y admitido, ó en cierto modo probado, el acto carnal, el juez debía por auto establecer, provisionalmente, la suma de los referidos gastos, con lo cual, por lo menos, se cortaba, hasta cierto punto, el estado de miseria que suele producirse inmediatamente después del parto de una mujer, ocurrido como consecuencia de relaciones carnales ilegítimas.

Según el Proyecto de Código civil alemán, únicamente puede reclamarse en juicio el pago de los gastos de alimentos y del parto después de éste. «Resulta—dicen los Motivos—del § 1.571 en concordancia con el § 3.° del Proyecto, que la obligación del padre de dar alimentos al hijo ilegítimo, comienza desde el momento del nacimiento de este último, y no de otro modo. Antes, pues, del nacimiento del hijo ilegítimo no se puede citar por gastos alimenticios, ni condenar

provisionalmente al pago de los mismos á aquél que hubiere consumado el acto carnal con la madre, asegurando así al niño los alimentos que le corresponden desde su nacimiento.» (Mot., IV, página 893.)

Comparemos ahora esto con la manera como se resuelven por el Reglamento del procedimiento civil alemán, cuestiones análogas cuando se trata de los intereses de las clases ricas. Según el § 819 del citado Reglamento, se admiten las decisiones provisionales con el fin de ordenar provisionalmente una condición jurídica controvertida, siempre que parezca necesario, sobre todo con respecto á relaciones de derechos permanentes, para evitar perjuicios esenciales ó para impedir una violencia inminente, ó por otras causas. Así, v. gr., si la posesión de una cosa se disputase entre los interesados, el juez puede tomar las disposiciones temporales que le parezcan oportunas, y esto aun en el caso en que no estuviese pendiente el litigio.

Sin embargo de esto, en el caso de que

hablamos, ni aun en vista de tan urgentísimas necesidades como la de la más espantosa miseria, el juez no debe disponer, mediante un pago provisional, los gastos del parto y alimenticios desde el día del nacimiento del niño antes que éste haya nacido efectivamente. No hay para qué dilucidar especialmente cómo, mediante semejante injustificada disposición excepcional, la madre y el hijo ilegítimo se encuentran en la situación más apurada desde el día del parto, hasta que se haya designado curador, obtenido el patrocinio gratuito y verificada toda aquella serie de formalidades jurídicas que la ley exige. Fuera de esto, desde luego puede decirse con toda certidumbre que los Tribunales, aun después de presentada la demanda sobre reconocimiento de la paternidad, rechazarán la condición provisional de los alimentos á los hijos ilegítimos, alegando sin duda buenas razones, porque el Proyecto, que contiene innumerables citas de otros párrafos, ha olvidado referirse al citado § 1.462, precisamente en el capítulo relativo á los hi-

jos ilegítimos. Fundada en tal supuesto, la madre del hijo ilegítimo únicamente recibirá los alimentos para éste, después que se hubiese ventilado el litigio sobre la paternidad (§ 648, 6, Regl. de proc. civ.): por tanto, mucho tiempo después del parto, por lo común.

Las dificultades que el Proyecto suscita á la madre y al hijo, en el caso de proponerse hacer efectiva su más que modesta pretensión, tendrán sin duda una doble consecuencia. En primer lugar, las muchachas pobres que tienen hijos ilegítimos, se entregarán, bajo la presión de la más extremada miseria, al servicio de nodrizas, manteniéndose éste por tal modo con todos sus deplorables efectos. Pero de esto ya hemos hablado (XVIII).

En segundo lugar, las dificultades para hacer valer en juicio los propios derechos, reducirá más y más éstos prácticamente, á pesar de lo reducidos que por sí mismos son ya. Según el Proyecto, mientras se trate de hijos legítimos, la mujer, ó cualesquiera otras personas afines por virtud de legítimo matrimonio,

no pueden renunciar para el porvenir el derecho de alimentos (§ 1.495 del Proy.) Esta disposición justifícase en los Motivos (IV, 709), en atención al fundamento moral del derecho á los alimentos y mediante consideraciones de interés público.

Pero ¿es que no existe un vínculo moral entre el padre y el hijo ilegítimo, y no es probable que este último sufra agravio ante la beneficencia pública luego que ha perdido su derecho á los alimentos? ¿No es, además, claro que, dada la posición aislada de los hijos ilegítimos, tal derecho es mucho más importante para ellos que para los legítimos, supuesto que no tienen ninguna relación jurídica con la familia del padre, y que en la de la madre (§ 1.568 del Proy.) están considerados como bastardos? El Proyecto admite también un arreglo entre el padre y el hijo ilegítimo con respecto á la obligación de los alimentos (§ 1.576). El fundamento de esta disposición excepcional, tan perjudicial para los intereses del niño, no puede tener su razón—y está

ésta bien clara en los Motivos (IV, 903 y 904)—sino en el hecho de que los individuos ricos puedan librarse fácilmente, una vez para siempre, de los pecados de su juventud mediante un arreglo en metálico. Y en los innumerables casos en que los hijos ilegítimos son engendrados por hombres ricos, la regla resultará formulada en el respecto peor que imaginarse puede, para las relaciones humanas: la madre veráse sumida en la miseria después del parto, y dominada mediante las parciales disposiciones del Código civil, se someterá á todo; el padre del hijo ilegítimo arrojará algún dinero á su vástago, dejándole abandonado á su suerte.

XXVII

RECAPITULACIÓN DE LAS PROPOSICIONES LEGISLATIVAS ACERCA DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE LOS HIJOS ILEGÍTIMOS

Resumiendo ahora en breves términos las proposiciones hechas en la anterior *exposición*, debo proponerme el proble-

ma de si mejorando la situación de la madre y de los hijos ilegítimos, no se perjudica, como dicen los Motivos, la moral, ó bien se promueve «el aumento de los hijos ilegítimos.» Este problema entraña un supuesto negativo. Las leyes del Derecho privado pueden influir hasta cierto punto sobre las clases ricas y cultas; pero apenas tendrán influjo alguno decisivo sobre el modo de obrar de las clases pobres, que, por lo común, quedan ignorantes, y cuando no, alcanzan á lo sumo un conocimiento de ellas generalmente insuficiente. La doctrina aquélla de ciertos escritos jurídicos y legislativos, cuyo sentido suponía ser necesario templar la fuerza de resistencia del sexo débil, mediante leyes rigurosas (contra las mujeres), no tiene fundamento y se halla rechazada por los hechos.

Desde luego la proporción de los nacimientos ilegítimos en las provincias del Rhin y en la limítrofe de Westfalia, no era muy diferente aún en la época en que en aquéllas estaba vigente el art. 340 del Código civil francés y en ésta las dis-

posiciones del Código prusiano, mucho más favorables á los hijos ilegítimos. Desde 1827 á 1831, en las provincias rhinianas había el 4; en la de Westfalia el 4,93; en Posen (donde estaba vigente también el *Landrecht* prusiano) el 4,56 por 100 de hijos ilegítimos (1). En Austria, donde desde hace dos siglos está vigente un Código favorable á los hijos ilegítimos, la proporción revela notable diferencia: así, en el Tirol y Voralberg hubo, en 1886, sólo el 5,57, y en la vecina Carinthia el 45,61 por 100 de hijos ilegítimos. Los redactores de la ley prusiana de 24 de Abril de 1854, que en la discusión del *Landtag* de continuo hablaban de la necesidad de promover la moralidad, debieran haber atestiguado el hecho de que pocos años después de puesta en vigor aquella ley, el número de los hijos ilegítimos aumentó muchísimo (2). La cau-

(1) Kräwel, *Die Pflichten des nuehelichen Vaters nach den in Deutschland geltenden Gesetzen*, en el *Archiv. fur Civilistische Praxis*, vol. L (1867), pág. 351.

(2) V. von Fircks en el *Zeitschrift des preussischen statischen Bureaux*: 1878, pág. 367.

sa de este fenómeno, que por lo demás debía ser previsto por toda persona de buen criterio, consiste sin duda en que, después de caer por tierra las barreras del *Landrecht* general, los individuos de las clases ricas aumentaron el número de las intrusiones en el campo propio de la vida sexual de las clases pobres.

En la fijación de los derechos de los hijos ilegítimos no se trata precisamente de una cuestión de moralidad, sino de interés, la cual se controvierte entre las clases ricas y las no ricas. Las clases pobres harán muy bien en aspirar al logro de aquella condición jurídica formulada por el *Landrecht* prusiano, en lo referente á las relaciones de derecho de la madre y del hijo ilegítimo. En rigor, bajo el influjo de la escuela histórica, nuestra ciencia del Derecho privado ha llegado, en el presente siglo, á ser reaccionaria y antisocial hasta tal punto, que el restablecimiento de las disposiciones del Código prusiano, obra de un Rey absoluto y en vigor casi inalterable hasta la caída del reino absolutista, parece un ideal á que

en nuestros tiempos debe aspirarse. El Proyecto alemán requiere una modificación en los puntos que voy á indicar, pero teniendo en cuenta que sólo me fijo en lo más importante, prescindiendo de todos los detalles jurídicos:

1) Cuando el acto carnal hubiere sido consumado mediante estupro ú otro delito semejante, contrario á la moralidad (que debe indicarse especialmente), en el supuesto de que no existan impedimentos canónicos, la mujer deberá ser considerada en sus derechos como una mujer divorciada y no culpable, y el niño que naciere tendrá los derechos de un hijo legítimo. Dado que en el Proyecto, en el caso de divorcio, permite al cónyuge divorciado contraer otro matrimonio, esta disposición debe aplicarse también en el caso en que el que hubiera cometido el crimen contra la moralidad, estuviere ya casado. Existiendo algún impedimento para el matrimonio de los que no admiten dispensa (v. gr., consanguinidad en línea ascendente ó descendente), á la mujer á lo menos se le reconocerá una posición,

en el derecho de propiedad, como de mujer divorciada é inocente, y á su hijo la de un hijo legítimo.

2) El seductor de una mujer de costumbres honestas debe pagarle una indemnización.

3) Quien tuviese relación sexual con una mujer durante el período de la concepción, debe entregar á la misma los gastos del parto, y conceder al hijo ilegítimo alimentos en proporción á sus rentas. No se admite la excepción de infidelidad *(exceptio plurium concubentium)*. Los que hubieran tenido relaciones carnales durante el período de la concepción con una mujer en cinta, responden solidariamente.

4) Si el padre del hijo ilegítimo es célibe y tiene más de cuarenta años de edad, debe dar al hijo ilegítimo alimentos proporcionados á su propia posición.

5) Demostrado el embarazo y averiguada la consumación del acto carnal, la mujer en cinta puede pedir al Tribunal una decisión provisional por la cual el seductor sea obligado á pagar á la madre,

inmediatamente después del nacimiento del hijo, los gastos del puerperio y los de alimentación durante tres meses.

XXVIII

OLVIDO DE LOS POBRES EN LO RELATIVO Á LA TUTELA

La última institución jurídica regulada en el derecho de familia por el Proyecto alemán, es la de la tutela. La tutela de los menores—y sólo á ésta voy á referirme—corresponde en primer lugar á los padres, y en su defecto al tutor. Pero en este punto, tanto los padres como los tutores están directamente vigilados por el Estado, quien se sirve de los Tribunales como de sus órganos al efecto.

Examinando, sin embargo, el carácter general de esta tutela del Estado respecto de los menores, advertimos que la actividad tutorial de los Tribunales, se refiere con facilidad únicamente, á aquéllos que pertenecen á las clases ricas. Los

menores de los pobres, aun cuando naturalmente necesitan de la protección del Estado, quedan fuera de ella, tanto por la ley como por la costumbre. Más aún: según el Proyecto alemán, la autoridad tutorial debe continuar siendo lo que hasta ahora, á saber: una autoridad llamada principalmente á cuidar del patrimonio de los hijos de los ricos, y á veces á administrarlo directamente. (Véase § 1.683 del Proy.)

El Proyecto ha dedicado sus mayores cuidados á conseguir tal propósito. Los padres y los tutores deben sí tener, en general, el derecho de administrar autonómicamente el patrimonio de los menores; pero, según el Código alemán, no debe manifestarse en ellos una tutela excesiva por parte de los Tribunales, cual aparece en algunas sentencias jurídicas. Así, en todas las más importantes disposiciones relativas á los bienes del menor, los padres deben pedir la aprobación de la autoridad popular, y ésta, en los casos en que los padres olvidasen sus obligaciones, perjudicando por tal modo grave-

mente los derechos del menor, debe adoptar libremente las medidas necesarias para alejar semejante peligro (§§ 1.511 y 1.574 del Proy.) La tutela del Estado es, naturalmente, más acentuada con relación al tutor, quien, á pesar de la autonomía que se le reconoce con respecto á la administración, se halla sometido á un suficiente número de cortapisas, cuya exposición exigiría largo espacio. (Véase §§ 1.695 y siguientes del Proy.) Cuando en la administración de los bienes se hubieran realizado abusos ó habido abandono, responden de los daños causados al menor los padres, el tutor y hasta la misma autoridad pupilar (§§ 1.503, 1.696 y 1.702).

Claro es que nada tenemos que oponer contra todos estos cuidados en favor de los intereses materiales de los menores pertenecientes á las clases ricas. Pero ¿qué medidas toma el Proyecto en favor de los mismos intereses de los niños de las clases pobres? El único patrimonio de los niños pobres es su fuerza, cuyo justo empleo es de decisiva importancia, no sólo

para su porvenir económico, sino también para su desenvolvimiento físico y moral. Los abusos en este respecto perjudican más al bienestar del niño pobre, que lo que puede dañar al niño rico una mala administración de su patrimonio. Había derecho á esperar que el Proyecto contuviese disposiciones, en virtud de las cuales, los pactos de servicios y salarios de los menores, tal cual suelen estipularse por lo común en las clases pobres, fueran sometidos á una vigilancia rigurosa por los padres, los tutores y, sobre todo, por la autoridad pupilar.

Y en realidad pasa todo lo contrario.

Según el Proyecto (§ 68), un menor cuyos padres ó tutores han dado permiso para desempeñar un servicio ó para dedicarse al trabajo, no necesita de su consentimiento para someterse á las condiciones del servicio ó del trabajo que se le hubiere permitido, ni para abandonarlo; la autorización dada para un caso especial vale, en caso de duda, como autorización general para someterse á las condiciones de tal especie. Así, cuando las

condiciones del servicio ó del trabajo á que el menor se hubiese sometido, en virtud de tales disposiciones legales, fuesen perjudiciales á su salud, moralidad ó buen crédito, los padres ó el tutor no pueden pedir la rescisión inmediata del contrato, si el patrono pretendiese su continuación. (Mot., I, 145.)

La situación jurídica á que el Proyecto atiende en relación con la legislación y con las costumbres hasta ahora vigentes, es muy clara. La autoridad pupilar no debe ocuparse precisamente en los contratos de servicio y de trabajo de los menores (en cuya categoría el Proyecto comprende todos los individuos desde los siete á los veinticinco años cumplidos). Como tales condiciones de servicio en edad tan temprana, se dan en general tan sólo en las clases pobres, y representan el más importante interés económico de los menores, resulta que no existe una tutela pupilar para los menores de las clases pobres. Fuera de esto, la responsabilidad de los padres y de los tutores respecto á la marcha normal de las cosas, se halla li-

mitada en sumo grado, porque una vez concedida á los menores la posibilidad de someterse á condiciones del contrato de servicios, pueden dejarlos abandonados á su suerte, sin infringir su propio deber. En suma, según el Proyecto, que en substancia se atiene á la práctica hasta aquí seguida (Mot., I, 144), nadie es responsable en los asuntos más importantes, para el bienestar físico y moral de los menores de las clases pobres.

Esta exposición nos explica varios hechos que de otro modo no se podrían comprender. Cuando en los Estados civilizados de Europa se introdujo la industria manufacturera, padres y tutores sin conciencia enviaron donde quiera por cientos y por miles á sus hijos y pupilos jóvenes, y algunos en edad más temprana, á las fábricas, donde fueron sacrificados físicamente, como consecuencia de un trabajo excesivo, por la falta de luz y de aire y por otras causas perniciosas. En estos hechos, que forman una de las más negras páginas de la historia del egoísmo humano, no se trata de algunas excepcio-

nes, sino de cosas muy generales que no pueden pasar inadvertidas para la legislación del Estado. Realmente las legislaciones de la mayoría de los Estados civilizados europeos, el Reglamento industrial de Alemania inclusive, han adoptado medidas que ponen un freno á los abusos que se puedan verificar respecto de los niños en las fábricas, mientras por su parte las industrias agrarias forestales y las que no tienen el carácter de oficios no gozan aún de semejante tutela.

Ordinariamente estos hechos deplorables, considéranse únicamente desde el punto de vista económico y social. Pero es necesario que el jurisconsulto espontáneamente se pregunte: ¿dónde estaba la autoridad pupilar cuando generaciones enteras de jóvenes confiadas á su tutela fueron conducidas á las fábricas á su ruína? Y ¿qué hacen ahora los Tribunales cuando la juventud se ve expuesta á peligros semejantes en las industrias no manufactureras? Cuanto hemos dicho más arriba responde á tales preguntas. Los hijos de los pobres han sido siempre ex-

cluídos casi por completo de la tutela pupilar del Estado, precisamente en los más importantes respectos.

Encuéntranse en el Proyecto (véase, por ejemplo, §§ 1.504, 1.655 y 1.725) y en muchas leyes administrativas disposiciones que llaman la atención de los órganos gubernativos, para que velen por el bienestar personal de los jóvenes obreros. Pero claro es que semejantes expresiones generales, poco pueden favorecer á los menores ante la categórica disposición del § 68 del Proyecto. Si se quiere favorecer á los hijos de los pobres, es preciso una intervención individual y una responsabilidad individual. Y ésta no puede obtenerse á no ser colocando los más graves intereses económicos de los menores pobres, bajo la inmediata tutela de las autoridades populares, cual se ha hecho siempre con respecto á los menores de las familias ricas. Sin duda, padecerá con esto el libre movimiento económico de los obreros jóvenes, alguna restricción; pero los jueces pupilares, benévolos y perspicaces, que hay muchos,

tendrán ocasión de interesarse por el bienestar físico y moral de los pobres, en las épocas más decisivas de su vida. Y si por virtud de tales medidas resultara aumentado el trabajo de los Tribunales pupilares, las clases pudientes no olvidarán, que tal cuidado paternal en pro de los pobres y de los débiles de la sociedad, préstase más que institución alguna á disminuir el gran antagonismo que entre ricos y pobres existe.

Sería, pues, necesario, ante todo, suprimir sin más el § 68 del Proyecto de que hablamos. Del propio modo que el párrafo anterior (§ 67) dispone, en interés de las clases ricas, que un menor necesita de la aprobación del representante legal (padre ó tutor) y de la autoridad pupilar, para poder ejercer una industria, así debiera disponerse que las estipulaciones sobre servicios de los menores pobres, no podrían ser pactadas sin el consentimiento de ambos. Si en nuestro sistema jurídico se decidiese la oportunidad y no la condición de la potencialidad de las diversas clases sociales, sin duda que

tal responsabilidad habría de ser elevada al más alto grado posible, precisamente porque se trata de los miembros más pobres de la sociedad, esto es, de los más desprovistos de ayuda ó auxilio.

Con estas observaciones puedo dar por terminado mi examen del derecho de familia en el Proyecto alemán. Heme limitado en ellas, á criticar aquellas reglas é instituciones jurídicas que resultan más perjudiciales á un mismo núcleo de personas de las clases pobres, en sus más vitales intereses; pretender criticar todas las disposiciones parciales de detalle del Proyecto, no es posible, pues exigiría volúmenes. Creo, sin embargo, haber demostrado que el derecho de familia del Proyecto, fué ideado y elaborado desde el punto de vista de las clases ricas, y eso á pesar de que esta parte del Derecho privado, no tiene conexión alguna con la ordenación de la propiedad.

CAPITULO III

EL DERECHO DE LAS COSAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PARA EL IMPERIO ALEMAN

XXIX

CARÁCTER GENERAL DEL DERECHO DE LAS COSAS

Al criticar ahora el derecho relativo á las cosas contenido en el Proyecto de Código alemán, recordaré, ante todo, que antes (I y II) he considerado la propiedad privada en su forma tradicional como premisa indiscutible, lo cual impone á mi tarea los límites más estrictos. En realidad, el llamado derecho de las cosas *(Sachenrecht)*, tal cual se nos presenta en el Proyecto alemán, siguiendo á otros Códigos, no es más que un desenvolvimiento de la propiedad privada. Pose-

sión y propiedad tienen únicamente el fin de completar la propiedad en su eficacia práctica, mientras que por las servidumbres y el derecho de prenda, es necesario separar algunos elementos particulares del contenido de la propiedad privada para formar derechos especiales. Los contrastes que resultan en la esfera de los derechos relativos á las cosas, refiérense en substancia sólo á los ricos, y no á los pobres, los cuales, como todo derecho real se funda en la propiedad privada, resultan excluídos de la posesión. No puedo, pues, proponerme aquí una amplia crítica del derecho de las cosas contenido en el Proyecto; sólo cabe hacer algunas observaciones fragmentarias respecto de diversas cuestiones de especial importancia, desde el punto de vista social.

Buscando en primer término el *carácter general* del derecho de las cosas, cual se ofrece en el libro tercero del Proyecto, encontramos una especie de debilitación interna y una disgregación del orden de la propiedad. Surge esto, ante todo, de la

tendencia predominante en el Proyecto á sacar el régimen de la propiedad de sus bases económicas, y á tratarlo tan sólo como una cuestión de poder (XXX). Cierto es que el derecho de las cosas jamás fué, en definitiva, sino un concepto implícito de condiciones de poder y de fuerza, estando, por tal motivo, condenados *a priori* á quedar sin efecto los esfuerzos de los juristas y de los filósofos del Derecho, para fundar la propiedad sobre el trabajo ó sobre otros hechos económicos. Pero nunca se ha visto un Código como el Proyecto alemán, en el cual las clases ricas hayan renunciado á toda conexión del Derecho privado con la vida económica de la nación, dándose por satisfechas con arrojar en la balanza la espada de la violencia. Ahora bien: cuanto más se cercenan por el legislador las raíces que relacionan el régimen de la propiedad con la vida pública, con tanta más seguridad resultará debilitado el vigor de la propiedad, en la conciencia jurídica de la nación.

Y en lo que se refiere á la íntima con-

formación del derecho de las cosas—y he ahí el segundo punto,—no puede menos de advertirse también una debilitación del régimen de la propiedad. La doctrina de la intangibilidad y de la ilimitación de la propiedad privada, no es hoy más que una invención que en la esfera de los ricos puede afirmarse tan sólo de un modo restringido, y que está modificada y limitada do quiera, por motivos de oportunidad. Si pretendiésemos razonar completamente tal idea, sería preciso una amplia crítica de todo el derecho de las cosas, que aquí únicamente referimos á dos puntos importantes (XXXI y XXXII). Tan sólo donde el régimen de la propiedad se revuelve preponderantemente contra las clases pobres, esto es, en lo referente á la posesión ó á la propiedad, revela el Proyecto una más fuerte idea del concepto relativo á la propiedad (XXXIII).

Sería una injusticia inculpar este aflojamiento interno y esta disgregación del régimen de la propiedad, únicamente á los autores del Proyecto. Muchas ideas en

que se funda este proceso son muy viejas, y casi todas se han desenvuelto en la legislación y en la ciencia del Derecho, mucho antes de la constitución del Código civil. Pero en lugar de obrar contra la progresiva autonegación de la propiedad privada, cual lo hubiera exigido la consecuencia del punto de vista del puro Derecho privado, los autores han desenvuelto aquellas ideas del modo más difuso posible en su Proyecto, movidos por la tendencia á asegurar en la práctica el Derecho y la fácil aplicación del Código civil. Puédese, pues, según esto, aseverar que los autores del Proyecto, al desarrollar el derecho de las cosas, en una época en que todo el régimen de la propiedad oscila y cabecea como nave en mar borrascosa, no han tenido otro propósito que facilitar la circulación de los bienes, y la comodidad de la profesión jurídica.

XXX

SEPARACIÓN DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD DE LA VIDA ECONÓMICA

La mayor parte de los objetos de propiedad encuéntranse hoy en poder de los individuos, y por lo común no se pueden adquirir, sino mediante un contrato estipulado con el actual propietario. Esta adquisición por contrato de la propiedad, sirve casi exclusivamente de fundamento, desde el punto de vista de los efectos sociales en masa, mientras los demás modos de hacerse propietarios, pasan á segunda línea. Los otros derechos reales también resultan en gran parte motivados ó suspendidos mediante contrato.

La transmisión de la propiedad por contrato—pues de este importantísimo derecho es del que en gracia á la brevedad quiero hablar—puede verificarse de dos modos. En primer lugar, de modo que para la transmisión de la propiedad

debe existir, no sólo un contrato estipulado al efecto entre el propietario y el adquirente (tradición, cesión), sino también un fundamento económico ó jurídico que justifique tal transmisión de la propiedad. En este caso, pues, no basta que el propietario transfiera á mi poder una cosa mueble, sino que debe dejárnosla por venta, en cambio, por donación ó en pago. Los juristas suelen expresar tal concepto en el sentido de que para adquirir la propiedad se necesita, de una parte, un título—el precitado fundamento económico ó jurídico,—y de la otra, un modo de adquisición, v. gr., la entrega de la cosa mueble. Según esta manera de ver, que se multiplica por más allá de los límites de la adquisición por contrato de la propiedad, la vida económica está en estrecha relación con la propiedad. La distribución de los bienes, cual ocurre mediante la propiedad privada y lo que implican los derechos reales, es el último resultado que se deriva del libre movimiento de las fuerzas económicas.

La doctrina según la que para adqui-

rir la propiedad es necesario, además del modo de adquisición, un título correspondiente, encuéntrasela en una época muy próxima. Entre los Códigos muertos que han desenvuelto tal concepto respecto de los derechos reales, es preciso mencionar el *Landrecht* general prusiano y el Código austriaco.

A principios de este siglo, la idea de que para adquirir por contrato una propiedad es necesario el título, ha sido cada vez menos admitida en la ciencia del Derecho alemán. El resultado de este movimiento está en el Proyecto del Código civil alemán, el cual ha resuelto sin más y muy á sabiendas, toda conexión entre el *régimen de la propiedad* y *la vida económica*.

Según el Proyecto, se puede transmitir la propiedad *inmueble*, aunque sólo sea mediante un contrato estipulado en la oficina catastral entre el propietario y el adquirente, y en el cual contrato el propietario declara conceder la inscripción de la posesión en favor del adquirente y éste acepta la inscripción (cesión). Para

que surta efectos este contrato, no hace falta indicar el fundamento jurídico (el título). Es válido el contrato aun cuando los contratantes hayan presupuesto diversos fundamentos jurídicos, y aun en el caso de que el fundamento jurídico supuesto no exista ó no sea válido (§§ 828, 829 y 868 del Proy.)

Para la adquisición por contrato de una cosa mueble, basta un contrato estipulado entre el propietario y el adquirente y la tradición simultánea de la cosa, debiendo el contrato contener la declaración de que la voluntad de los contratantes, es que la cosa pase á poder del adquirente. El fundamento jurídico (el título) de la entrega, es indiferente también, para la adquisición de la propiedad de las cosas muebles (§ 874 del Proy.)

Valen análogas disposiciones para lo referente al establecimiento y abandono de los derechos reales. (Mot., II, 3.830; III, 6 y siguientes.)

Creerán muchos que semejantes antagonismos son mera sofistería escolástica. Pero en rigor se trata de cuestiones de

grandísima importancia para toda la vida social. La seguridad del régimen de la propiedad, descansa principalmente, sobre la estricta conexión del mismo, con la vida social y la actividad popular, y sobre el hecho de que la conciencia de las masas, resulte ser el último cimiento de toda aspiración económica. Estamos, sin duda, muy lejos aún de una condición en que la ganancia económica y la distribución de los bienes, causada por la propiedad privada se encuentren en una justa proporción; pero quien lleve hasta el extremo estas erróneas tendencias de nuestro Derecho privado, quien separe la propiedad de sus bases económicas, y la considere como una pura cuestión de poder, destruye toda trabazón en el régimen de la propiedad. Mas aun, quien conceptúe indispensable una completa transformación del sistema tradicional del Derecho, debe alimentar el deseo de que el régimen de la propiedad, no resulte desacreditado por parte del legislador, mientras no sean encontradas y reconocidas las nuevas formas.

Pocas instituciones han quebrantado en tan amplio círculo la fe en nuestro Derecho privado, como aquellos asuntos jurídicos en los cuales una declaración dada de la voluntad, establece una obligación por sí misma, sea ó no justificada por las bases económicas del caso de que se trata —asuntos abstractos, contratos abstractos.—Porque en estos asuntos abstractos, de los cuales la letra de cambio representa el ejemplo más conocido (1), el contraste entre la justicia jurídica y la económica, que por sí ya es grande, resalta de un modo particular y fuerte. Si yo, pues, por haber firmado una letra de cambio, debo pagar la suma girada al poseedor de la letra, esté yo ó no obligado por virtud de las circunstancias que sirven de fundamento á la misma, hasta un ignorante debe comprender que nuestro Derecho privado, es parcial y protege siempre á los poderosos y á los precavidos. Sin duda bastará la presentación en

(1) Véase el § 683 del Proyecto, y los Motivos, III, págs. 687 y siguientes.

juicio de la más ligera fórmula hablada ó escrita para obtener la condenación del deudor, sin que el juez se detenga á investigar el fundamento jurídico ó económico del caso; pero es seguro que siendo así, los litigios se decidirán en la mayoría de los casos, con injusticia, en perjuicio de los débiles, ya que sus intereses espirituales, económicos y sociales, sometidos, no pueden esperar protección en las decisiones de semejantes relaciones jurídicas abstractas.

Ahora bien: según el Proyecto, se querría levantar el edificio de todo el régimen de la propiedad, la más importante institución humana y social, sobre tal formalismo. La fuerza motriz para la motivación y la transmisión de todos los derechos de las cosas, debería encontrarse desde ahora en adelante, exclusivamente, en ciertas declaraciones de la voluntad de los contratantes. Todo nexo entre estas modificaciones y sus bases económicas deberá desaparecer. Con una coherencia que de lejos acusa su origen de escuela, semejante idea se propaga por

todo el campo del derecho de las cosas, sin tener en cuenta si se trata de la propiedad ó bien de otros derechos reales, y sin cuidarse de si se trata de las cosas muebles ó de las inmuebles. La propiedad, las servidumbres, el derecho de hipoteca, ni se establecen ni se transfieren, porque sea ello requerido por las relaciones jurídicas y económicas del caso, sino porque una de las partes ha consignado ciertas fórmulas ante el Registro correspondiente de hipotecas, en un documento. ¡Qué desproporción entre la causa y el efecto! Esto equivale á fundar en el aire todo el edificio de nuestro régimen de la propiedad.

No desconozco que semejante resultado ha sido preparado, hasta cierto punto, por el desenvolvimiento realizado hasta hoy por la legislación y por la ciencia del Derecho; mas quien quiera que esté versado en la materia, debe admitir que una separación tan radical, entre el régimen de la propiedad y sus fundamentos jurídicos y económicos, jamás se ha intentado por sistema jurídico alguno. Puede,

sin duda, ocurrir también que el mantenimiento del nexo entre la economía y la adquisición de la propiedad, presente algunas dificultades técnicas á los juristas, y por eso en los Motivos (III, pág. 7) se procura justificar el punto de vista del Proyecto, refiriéndose á la seguridad necesaria en el movimiento jurídico; pero en una época como la nuestra, la seguridad de todo el sistema jurídico está por encima de la del movimiento jurídico. Con el mismo derecho con que el Proyecto alemán separa hoy de sus fundamentos económicos el régimen de la propiedad, sometiéndolo á un caprichoso formalismo, un legislador del porvenir puede fundar tal régimen en una decisión del pueblo ó de sus órganos gubernativos. Como aquél no puede sustraerse al impulso interno de las cosas, no puede menos de elegir entre estos dos caminos: ó el régimen de la propiedad surge de la vida económica del pueblo, como de la madre tierra, ó el legislador puede determinar á su arbitrio las premisas de la propiedad, dentro de muy vastos límites. Como puede

suponerse, para apagar todas estas aprensiones no basta la concesión hecha por el Proyecto (§§ 828, 874 y siguientes) de poder presentar acciones personales, mediante las que en ciertos casos se apartan nuevamente, hasta cierto punto, los defectos de una constitución puramente formalista, del régimen de la propiedad.

XXXI

PREJUICIO SOBRE LA INVIOLABILIDAD DE LA PROPIEDAD

No hay máxima más admitida en el Derecho político de todas las naciones civilizadas, que la de la *inviolabilidad (Unverletzlichkeit)* de la propiedad. La mayoría de las Constituciones hablan de la inviolabilidad de la propiedad privada, comprendiendo todos los derechos de la propiedad, y expresándose del mismo modo que respecto de la inviolabilidad de la persona del Monarca. Así, en la Constitución prusiana (art. 9.°) se dispone que la

propiedad es inviolable, y que sólo puede ser sustraída ó modificada por causa de utilidad pública, previa la indemnización correspondiente, que, en caso urgente, debe, por lo menos, ser provisionalmente fijada según ley. Podrían citarse disposiciones semejantes de todas las Constituciones que contienen los llamados derechos fundamentales.

Sin embargo de esto, en realidad, la inviolabilidad de la propiedad privada está muy mal garantida en las legislaciones de todos los Estados cultos. Mientras se trata del régimen de la propiedad en odio á las clases pobres, se sostiene aquélla siempre con todos los medios del Derecho civil, y más especialmente con los del penal. Luego veremos (XXXII) cómo por efecto de la acrecentada actividad de los Gobiernos, la propiedad privada resulta siempre muy desprovista de su contenido, aunque se advierta con toda claridad, que la disposición respecto de la inviolabilidad de la propiedad privada, se haya acogido en las Constituciones europeas, sobre todo para defenderse contra el po-

der gubernativo. Teniendo á la vista el Proyecto del Código alemán, vamos ahora á demostrar cuán poco vigor puede pretender para la máxima de la inviolabilidad la propiedad privada, en relación con las clases ricas, y cuánto, en cambio, se deja guiar el Derecho civil en este respecto, de muchos y muy amplios motivos de oportunidad.

Difícil es que exista otro interés que, como la inviolabilidad de la propiedad territorial, haya de atenerse á un sistema jurídico erigido sobre fundamentos de Derecho privado. Trátase aquí de entidades que tienen una importancia social grandísima; y por otro lado, el movimiento de la propiedad inmueble se desenvuelve, naturalmente, bajo ciertas formas, que permiten revelar de un modo exacto todas las condiciones jurídicas competentes. A pesar de esto, el Proyecto sacrifica toda la seguridad de la propiedad inmueble á la fe pública del Registro de la propiedad. Quien figura en este Registro como propietario de un pedazo de terreno ó como derechohabiente, puede transmitir el de-

recho, aunque no le corresponda, á un tercero con pleno efecto legal, supuesto que esta tercera persona, al adquirir el derecho, esté de buena fe (§ 837 del Proy.) Un resultado semejante puede realizarse, aun sin la voluntad del ilegítimamente inscrito, en el caso de que la transmisión del derecho se cumpla en virtud de ejecución. Por tanto, pues, un individuo que haya hecho inscribir la propiedad fundándose en una supuesta venta, ó bien un derecho real fundándose en un documento falso, puede, sin más, transmitir este «derecho» á cualquier otro honrado adquirente.

El Proyecto va aún más allá en lo de poner en peligro la propiedad de las cosas muebles. Cuando el vendedor de la cosa mueble no sea su propietario, y el adquirente desconozca esta circunstancia, y su ignorancia no se funde en un abandono grave, el adquirente se hace propietario de la cosa en el acto en que se le hubiese hecho la entrega. En los casos en que la cosa fuese robada, ó bien perdida, ó que hubiere dejado de pertenecer al propie-

tario sin su voluntad, la propiedad no se adquiere á pesar de haberse verificado la entrega (§§ 877, 879 y siguientes). En este último caso, sin embargo, el propietario á quien la cosa faltase sin su voluntad, podrá pedir la restitución del adquirente; pero sólo mediante compensación del precio de adquisición, desembolsado por la cosa misma (§ 939 del Proy.)

Estas disposiciones, que para más claridad he expuesto sólo en sus rasgos principales, derívanse del derecho alemán; pero fueron elaboradas en las legislaciones modernas, y luego, como de costumbre, hanse desenvuelto en un grado máximo en el Proyecto. El derecho romano, que, en efecto, se basa en fundamentos de derecho privado, se guardó muy bien de admitir tales máximas jurídicas, que de un modo natural y necesario, deben introducir en el régimen de la propiedad, el germen de la contradicción y de la disgregación.

Realmente, si queremos llamar las cosas por su justo nombre, tales disposiciones contienen una amplia y permanente

confiscación de la propiedad privada, en beneficio de la seguridad del comercio. Según lo expuesto, el propietario de una cosa, respecto del cual no recae culpa alguna, ó bien una culpa leve, resulta en muchísimos casos privado de sus tierras en favor del nuevo adquirente, aun cuando éste sea culpable como él ó más todavía. Ahora bien: parecía natural que para un sistema jurídico que quiere mantenerse efectivamente dentro de los límites del concepto del derecho privado, el goce seguro de un derecho privado adquirido legítimamente, debería ser un interés de bastante más valor, que el referente á la seguridad del comercio y del movimiento de los bienes.

Veo yo en estas disposiciones una victoria ganada por el espíritu comercial en el régimen de la propiedad; una victoria del derecho de cambio *(Verkehrsrecht)* sobre el derecho de las cosas *(Sachenrecht)*—véase antes, XIII.—Los redactores del Proyecto no deben, ciertamente, de haber tenido presentes, las consecuencias sociales de su modo de ver,

cuando de tal manera estimaron la idea del derecho alemán. Frente al pobre, que por su pobreza se halla en brazos de la miseria, se contrapone la santidad de la propiedad. Pero aquí, en medio del Código civil, hay disposiciones en virtud de las cuales la propiedad legítimamente adquirida, debería someterse á un grave prejuicio, tal, que no ha debido sufrirlo como consecuencia de las más famosas confiscaciones. Porque los secuestros de bienes realizados por Monarcas y por Parlamentos absolutos, en diversas épocas, eran acciones transitorias que únicamente se referían á ciertas especies de bienes, y según las disposiciones del Código civil, trátase de sacrificar todo el patrimonio nacional á una expropiación restringida, es cierto, pero muy eficaz en favor de la seguridad del cambio.

XXXII

DEBILITACIÓN INTERNA DE LA PROPIEDAD POR LA ADMINISTRACIÓN Y POR EL IMPUESTO

La transformación del derecho de las cosas en el sentido del socialismo de Estado, por nada ha sido tan disimulada como por la separación de la justicia y de la administración; separación que, por otra parte, tuvo como consecuencia una división de la materia jurídica en la legislación y en la ciencia. Desde la mitad del pasado siglo, los Estados civilizados europeos han aumentado hasta lo infinito su autoridad administrativa; y así como ésta era preciso ejercerla dentro de los límites del régimen de la propiedad, así la propiedad y los demás derechos reales hubieron de perder cada vez más de su parte substancial. El arbitrio con que el propietario disponía antes de las cosas, fué luego sustituído por la intervención

y cooperación del Estado. Lo que hay es que como el derecho civil y el derecho administrativo se tratan siempre como disciplinas separadas, la ciencia del derecho privado ha conservado hasta ahora las viejas ideas relativas á la propiedad.

El Proyecto de Código civil alemán huye, ciertamente, de dar una fórmula definida al concepto de la propiedad: dice sólo (§ 848) que el propietario tiene el derecho de disponer de la cosa libremente, salvo cuando tal derecho estuviese limitado por las leyes ó por los derechos de un tercero. Entre tales leyes restrictivas debe comprenderse, según se infiere del Proyecto, por una ley introductiva del Código alemán (art. 66 y Motivos, pág. 192), especialmente la misma legislación administrativa, la cual, según la Constitución del Imperio alemán, se halla principalmente reservada á la competencia de los diversos Estados federales.

Según el concepto determinado en el Proyecto, sería lícito creer, podría creerse que aun actualmente, la *libre disposi-*

ción de las cosas por parte del propietario constituye la regla general, siendo la intervención del Estado y de la legislación, una excepción relativamente rara. En rigor no hay tal. A consecuencia del desenvolvimiento del derecho público, el Estado civilizado tiempo há que no es un amigo desinteresado, un protector, sino un compañero molesto del propietario, que con tono autoritario pretende dominar y usufructuar la propiedad, en unión del propietario. Semejante coparticipación del Estado es de un carácter en parte económico y en parte jurídico.

En el supuesto económico, el condominio del Estado se ejerce mediante la legislación financiera. Sobre la renta que resulta en trabajo, renta que el propietario obtiene precisamente de los bienes más importantes de la propiedad, el Estado toma siempre la parte del león. Así, por ejemplo, los impuestos que las más importantes ciudades de Austria pagan al Estado y á las Corporaciones políticas, ascienden casi á la mitad de lo que suponen los alquileres, y los otros inmue-

bles hállanse gravados en igual proporción. La propiedad privada en Alemania no se halla tan gravada como en Austria por el Estado; pero el progresivo desenvolvimiento de la legislación militar y social, llevará á una situación idéntica á los Estados alemanes.

Y como la imposición por parte del Estado, reviste hoy, bajo muchos aspectos, el carácter de un cousufructo del patrimonio nacional, realmente el Estado moderno, mediante su administración, va poco á poco adquiriendo un condominio en la propiedad privada. El sentimiento de la soberanía que el *dominus* romano podía experimentar con razón, hoy es desconocido por el propietario actual. Los propietarios de los inmuebles rústicos, y más todavía los de los urbanos, que forman el núcleo fundamental del patrimonio nacional, son los que precisamente, al usar de su propiedad, van paso á paso seguidos y sometidos por la intervención de la autoridad administrativa. Imposible sería citar aquí de un modo particular, todos los ramos de la política del bien

público, que provocan una mayor ó menor usurpación respecto de la libre disposición por el propietario de sus bienes: citaré tan sólo la policía de los campos, forestal, minera, hidrológica, de calles, industrial, de incendios, edilicia, de higiene, así como el derecho de expropiación forzosa; ni un año pasa en los Estados civilizados, sin que el tesoro de las reglas de policía no experimente un aumento considerable, que se traduce en crecientes restricciones del dominio del propietario.

Todas estas restricciones de la propiedad privada hállanse expuestas en libros que no son, ciertamente, tratados de derecho civil, lo cual, como es sabido, contribuye á dividir á las gentes científicas más que puedan hacerlo los mismos países y los mares. Ahora bien: ¿no será ya tiempo de destruir tan débil muro divisorio y caracterizar la situación inferior del propietario actual en la misma definición del Código civil? La cosa podría hacerse mediante una leve modificación del § 848 del Proyecto, lo cual á primera vista se

presenta más bien bajo un carácter formal, aun cuando revista, como expresión doctrinal, una gran importancia para todo el concepto de la propiedad moderna. En lugar de la redacción antes indicada del § 848, se debería establecer que el propietario de una cosa tiene el derecho de disponer libremente de la misma, *dentro de los límites de la ley*, excluyendo á terceros, salvo cuando derechos de terceros justifiquen ciertas restricciones. De este modo, y de acuerdo con la moderna condición jurídica, se estatuiría desde luego, mediante la definición del concepto de la propiedad, que el propietario puede disponer libremente de la cosa, sólo dentro de los límites restrictivos, cada vez más restrictivos, de la ley, al modo como un funcionario administrativo, que puede cumplir su función según lo entienda, pero dentro de los límites legales.

Si esta definición del concepto corresponde á la actual situación jurídica, el porvenir lo demostraría seguramente. La delimitación moderna del concepto de la propiedad, es el resultado de un trabajo

legislativo de dos siglos lo menos, pudiendo predecirse con seguridad, que el futuro desenvolvimiento jurídico se moverá con mayor celeridad, en el mismo sentido. El término de este proceso histórico habría de ser, sin duda, que la propiedad y todo el derecho privado serán inundados por el derecho público, al modo como la isla Helgoland, que todos los años desaparece algo bajo las aguas, y que acabará por sumirse en el Océano.

XXXIII

PROTECCIÓN DE LA TENENCIA PURA Y SIMPLE

Fuera de la debilitación de la propiedad, en el Proyecto se pretende cerrar con demasiada rapidez el régimen de la propiedad frente á las clases pobres. La propiedad, que por su naturaleza misma puede mostrarse ya con dificultad, por lo que no es fácilmente recognoscible por las grandes masas populares, nunca será

suficiente, bajo ninguna condición jurídica, para señalar con la debida claridad la línea de demarcación entre la posesión y la pobreza. Á este propósito ofrécese un hecho exteriormente visible, que por sí mismo indica á las masas, y sin atender á acciones y á condiciones pasadas, el gran contraste. Este hecho es la *posesión (Besitz)*. El uso de la lengua alemana distingue con mucha sutileza las clases *que tienen*—ricas—y las que *no tienen*—pobres,—aun cuando el contraste entre ambas resulte tan sólo determinado por la propiedad privada (1).

Durante siglos los jurisconsultos y los filósofos del Derecho se han entretenido en discutir la cuestión de si la posesión es un hecho ó un derecho. Desde el punto de vista mantenido en el presente trabajo (III y IV), no resulta difícil resolver tal cuestión escolástica. La posesión y la propiedad son, en idéntica medida, relaciones de potencialidad *(Machtver-*

(1) *Den besitzenden und den besitzlosen Volksklassen*, dice el texto.—(*N. del T.*)

hältnisse), de puro hecho: lo que hay es que en el caso de contraposición, la primera debe, á lo menos como última resolución, ceder su puesto á la segunda. Pero esto no debe sorprender á nadie, porque también en otras esferas, en caso de litigio, la fuerza más débil resulta superada por la más fuerte.

Según los sistemas jurídicos vigentes, la protección de la posesión va por lo común anexa á la posesión misma, en el significado técnico de la palabra. La posesión tomada en este sentido, se admite también en el Proyecto. La posesión de una cosa—dice el § 797 del Proyecto—se adquiere obteniendo un poder de hecho sobre la cosa—tenencia—*Inhabing*—unido á la voluntad del poseedor de tener la cosa como suya.—Voluntad de poseer—*Besitzwille*.—El Proyecto, no obstante, no da esta definición de la posesión con el objeto de presentarla como una premisa ó supuesto de la protección de la posesión misma. Según el Proyecto, la posesión tiene importancia únicamente para la adquisición de la propiedad, en

cuanto representa un papel importante, especialmente con respecto á la apropiación, á la transmisión y á la usucapción.

El Proyecto refiere la protección posesoria á la *tenencia* pura y simple, esto es, á aquel poder ejercido sobre la cosa y que no implica necesariamente la voluntad de poseer. La protección de la posesión refiérese así también al inquilino, al colono, al prestatario, aunque no quieran tener la cosa como suya (§§ 814 y siguientes del Proy.)

En un sentido más amplio, forma parte de la protección posesoria, en primer lugar, el derecho del tenedor de una cosa á defenderse con la fuerza, contra la intrusión de un tercero que, sin la voluntad del mismo, quisiera hacerla suya (§ 815 del Proy.) Desde el punto de vista social, esta defensa propia, autónoma, es una de las más importantes garantías para el mantenimiento del régimen de la propiedad. Cuando tal defensa no se hubiera efectuado, ó no hubiese tenido buen éxito, el tenedor está protegido en su poder efectivo por las acciones civiles, y

especialmente por las penales (§ 819 del Proyecto, y §§ 125 y siguientes, 342, 242 y siguientes, 245 y siguientes del Código pen.) El Proyecto además concede el derecho de defensa (§ 815) al tenedor aun frente aquél de quien tiene la cosa. «La prohibición de la violencia establece una situación jurídica absoluta para el tenedor» (Mot., III, 10). Y así, por ejemplo, el arrendatario ó el que tiene una cosa prestada, podrá, aun después de espirar el término de su derecho, rechazar con la fuerza al propietario y poseedor de la cosa, cuando quisiera apoderarse de ella, después de terminado el uso.

Abiertamente confesamos, que desde el momento en que estas condiciones penetran por entero en la conciencia popular, crean una especie de derecho del más fuerte. Es lo cierto que con sus disposiciones penales relativas á la perturbación de la tranquilidad pública, la paz doméstica, el robo, el hurto y otros delitos semejantes, el derecho penal ha defendido casi siempre menos, la propiedad, que las relaciones del poder de hecho: la tenencia. Pero

la protección posesoria, regulada por el derecho civil, ha conservado en la mayoría de los sistemas jurídicos, una relación con el régimen de la propiedad, concediendo la misma protección al tenedor que manifestase la voluntad de poseer. Por donde resulta, que para lograr las ventajas de la protección posesoria, el tenedor no debía ser poseedor, sino que le bastaba que hubiese á lo menos tenido la voluntad de serlo.

El Proyecto ha deshecho tal vínculo entre la protección de la posesión y el régimen de la propiedad, en atención á tendencias análogas, manifestadas en la práctica y en la legislación. En lo futuro, la relación efectiva de la fuerza ante la cosa, esto es, la tenencia en su brutal desnudez, deberá servir de base para obtener la protección posesoria. Como en otras muchas cuestiones, en ésta también el Proyecto se ha ido al extremo, y por tal modo hase puesto en contra, sin querer, de las ideas más íntimas del sistema del derecho privado. Porque el régimen de la posesión es el lado del de la propiedad

puesto frente á las clases pobres; junto con las disposiciones del derecho penal relativas á los delitos contra la propiedad, forma la vanguardia que debe impedir al proletariado llegar al centro, esto es, al régimen de la propiedad. Cuanto más palpables sean los hechos y las condiciones en que el régimen del Derecho funde la protección de la posesión, tanto más seguro puede estar el legislador, de que la línea que separa los pobres de los ricos, y cuyo mantenimiento es todo el derecho privado, no será traspasada.

XXXIV

LAS COSAS SIN DUEÑO

Los objetos útiles de que necesitamos para sostener y mantener nuestra asistencia individual, son productos de la actividad de las clases obreras, y éstas tienen derecho al producto íntegro de su trabajo. Pero sobre esta organización del

trabajo pesa el régimen de la propiedad, que hace que muchos grupos de personas favoritas (los poseedores) obtengan una renta sin trabajar. Esta renta de las clases ricas, que se divide en renta territorial é intereses del capital, la miran muchos como una justa compensación por la dirección de toda la organización obrera. Pero la renta obtenida sin trabajo no está, por una parte, aunque los poseedores surjan al modo de directores del proceso obrero, en una justa relación con su mérito económico, y, por otra, las clases obreras se aproximan más y más á la condición de idoneidad necesaria, para asumir por sí mismas la dirección de la organización del trabajo.

El desenvolvimiento del derecho privado y público, tiene de suyo la función de aliviar la organización del trabajo, mediante una lenta reforma del régimen de la propiedad, para lo cual puede servir de modelo la remoción del sistema feudal. La organización del trabajo en la Edad Media se hallaba dominada hasta en sus puntos más extremos por el feu-

dalismo, y poco á poco, la legislación ha rechazado cada vez más hacia atrás el sistema feudal, tanto que en el presente siglo se hubieron de remover los últimos restos mediante la liberación del suelo y otras medidas. De la propia manera vemos la legislación económica y social de nuestra época proceder, sin duda con paso mesurado, hacia una liberación general de la propiedad.

Esta liberación podría prepararla eficazmente el mismo derecho civil, dedicando á las clases obreras objetos ó bienes que no se comprenden ya en el régimen de la propiedad. El caso más importante de esta especie es la herencia abandonada, de que hablaremos con más detenimiento luego, al tratar del Derecho hereditario. En el derecho de las cosas se consideran únicamente las *cosas sin dueño*, ya porque nunca lo han tenido, ya porque hubieran sido rechazadas por el propietario. Entre las cosas sin dueño, pueden colocarse también, para nuestro caso, las casas encontradas y los tesoros.

Según el Proyecto, un *pedazo de terre-*

no que aparece sin dueño á consecuencia de renuncia expresa por el propietario de su propiedad, debe ser adquirido por aquél que, según las leyes del país, esté autorizado para apropiarse los inmuebles (§ 872 del Proy.) Según lo que se infiere de los Motivos (III, 326), las leyes de los más importantes Estados federados alemanes señalan en parte al Estado y en parte á la Municipalidad, como las que pueden pretender para sí esas propiedades. Este derecho se considera en los Motivos, equivocadamente á mi ver, como una parte del derecho público de los Estados federales alemanes, y por ello fuera de la competencia del Código civil.

En cuanto á la apropiación de cosas *muebles* sin dueño, el Proyecto mantiene el criterio estrictamente individualista del derecho romano, que no considera bien guardado un objeto no encontrándose en manos del particular. El Proyecto admite, pues, como regla, la apropiación por cualquiera de las cosas sin dueño; hace, no obstante, la excepción precisamente respecto de aquellas cosas cuya

ocupación sería especialmente importante para las clases populares—v. gr., las normas relativas á la regalía del ámbar, —ó cuando perjudica al derecho de apropiación de un tercero, v. gr., el derecho de caza (§ 903 del Proy., y Mot., III, página 370). Respecto del descubrimiento de tesoros, el Proyecto no admite que el Estado deba tener parte, ni aun en aquellos casos en que, por virtud de ciertos derechos particulares (p. ej., *Land. prus.*, I, 9, §§ 85 y siguientes), el Fisco reconoce aquél derecho al Estado: el tesoro, en efecto, habría de ser dividido, la mitad para el descubridor, y la otra mitad para el propietario de la cosa en que el tesoro estuviese oculto (§ 928 del Proy., y Mot., III, pág. 391). Unicamente sobre las cosas encontradas, el Imperio, la Provincia y el Municipio tienen un derecho á la propiedad de la cosa y á su rescate, bajo ciertas circunstancias dadas, cuando el que la hubiese encontrado no hiciese efectivo su derecho, ó bien la cosa hubiese sido encontrada en los locales ó en los medios de transporte de una autoridad pública,

ó de una institución pública de transporte (§§ 923 y 924, ó también § 927 del Proyecto).

Estas disposiciones acerca de la apropiación de las cosas sin dueño, son el último resto de una constitución económica y política ya desaparecida, y piden, ciertamente, una transformación fundamental, en el sentido de aumentar los derechos de la comunidad frente á los de los ocupantes. Pero al presente no sería razonable reconocer al Estado y á las Corporaciones políticas como representantes de la comunidad, aun cuando este punto de vista se haya mantenido frecuentemente en las antiguas y nuevas legislaciones. Nuestro Estado actual tiene por misión conservar las relaciones existentes de potencialidad, estando muy lejos de ser un Estado obrero ó económico; no tiene, en verdad, derecho alguno para llamar hacia sí los productos del trabajo, cuando no forman parte del régimen de la propiedad.

Quienes en este caso tienen naturalmente derecho, son las clases obreras del

pueblo. Cuando no tenían una representación económica, la parte de las cosas sin dueño debía pasar al Estado ó á las Corporaciones políticas. Hoy, sin embargo, esta representación existe en las Cajas y en las Instituciones fundadas para asegurar á los obreros contra las desgracias del trabajo, en los casos de enfermedad, de vejez ó de inutilidad, y en las que se deberían fundar. A éstas, pues, y no al Estado se deberían entregar los beneficios de la apropiación de cosas sin dueño, aparte de la herencia abandonada.

Bástanos indicar los puntos principales: hallándose como hoy se hallan las instituciones de seguros indicadas, en vías de formación, no es posible hacer proposiciones detalladas. Conceptúo muy probable, que las diversas organizaciones, que proceden paralelamente á la consecución de iguales fines, acabarán por fundirse en una sola Corporación. Además, cuando la legislación alemana dé su último toque al Código civil, el seguro de las clases obreras habrá alcanzado su organización completa.

XXXV

CONFLICTO ENTRE LAS CLASES RICAS Y POBRES CON RESPECTO AL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Sería fácil demostrar con gran número de disposiciones de detalle, la idea fundamental de cuanto queda expuesto, á saber: que el régimen de la propiedad contenido en el Proyecto es grosero de formas, débil y arbitrario en el fondo; pero tales citas exigirían una exposición de amplios particulares jurídicos, que no resultaría inteligible desde luego. Conviene, por lo demás, hacer notar que la propiedad, tal cual la expone el Proyecto con relación al actual desenvolvimiento del derecho, se presenta como una institución jurídica que ha traspasado el punto culminante de su vigor, y que contiene en sí misma el germen de grandísimas modificaciones.

Investigando de qué modo el desenvol-

vimiento de nuestro derecho ha llegado á tales resultados, aunque guiado indudablemente por ideas de derecho privado, no se debe olvidar que el antagonismo entre ricos y pobres en la esfera de los derechos sobre las cosas, es de cierto muy fuerte, pero también muy restringido. En este respecto, las clases ricas no deben atender más que á separar á los proletarios de las posibles usurpaciones en el régimen de la propiedad, lo cual se verifica bajo la acción conminatoria penal, respecto de los delitos contra la propiedad, y mediante la protección posesoria. Por consiguiente, en cuanto á la formación del derecho de las cosas, las clases ricas se encuentran —si así puedo expresarme—como en su casa, pudiendo en tal respecto dejarse guiar por amplios móviles oportunistas. Y es, en verdad, característico el hecho de que tal condición de las cosas no haya determinado una restauración vigorosa de la propiedad, sino causando una progresiva autonegación y disgregación de la propiedad misma.

El *conflicto* de los intereses dependientes de los derechos patrimoniales entre ricos y pobres, se verifica, sobre todo, en la esfera del *derecho de obligaciones*. Este derecho contiene, es cierto, algunas instituciones que no se refieren precisamente á los intereses de las clases pobres, sino que sólo tocan á los de las ricas. Pero el derecho de las obligaciones regula también aquellos contratos mediante los cuales las clases pudientes obtienen sobre las clases pobres la renta sin trabajo, con lo cual pueden hacer útil en primer término para sí mismas el régimen de la propiedad.

En este respecto, es necesario distinguir si el propietario explota en persona, ó bien si cede á otros el uso de sus propiedades. En el primer caso, el propietario se procura, mediante el contrato de compra y de arriendo de servicios, los elementos de la producción, cuyos resultados luego son vendidos mediante el contrato de compra-venta. La diferencia entre las salidas y las entradas, deducido el importe que corresponde al propieta-

rio por su actividad, constituye la renta obtenida sin trabajo—renta, intereses del capital.—Si el trabajo necesario es sostenido por completo por el propietario, naturalmente decae el contrato de arrendamiento de servicios.

Si el propietario cede en uso á terceros su patrimonio, no puede esto verificarse sino mediante un contrato de préstamo, de alquiler ó arriendo, ó de interés por el capital prestado. Para que quien tome el uso de la cosa pueda dar su renta al propietario, la explotación tiene que hacerse según el modo indicado. Naturalmente, todas estas operaciones económicas y jurídicas, pueden manifestarse bajo variadísimas combinaciones y transformaciones.

En la presente época, en que se desconoce la esclavitud, la servidumbre y otras condiciones análogas del dominio, y en que el dinero impera, el mecanismo indicado se enlaza, con la obtención de la renta sin trabajo y con todas las posiciones de las clases ricas. Los contratos de servicios, de compra-venta, de arrendamiento, de alquiler, y hasta cierto punto

el de préstamo, son de importancia decisiva, desde el punto de vista social. Sin duda que contratos de éstos los pactan entre sí también los mismos pertenecientes á las clases ricas; pero la idea social y política resolutoria que domina en el derecho de las obligaciones de nuestros Códigos civiles, no es sino la de dejar amplio campo á las clases pudientes, en la determinación de la renta que obtienen sin trabajar. En el Proyecto alemán, como en todos los demás sistemas del derecho privado, falta en la esfera de las obligaciones aquel profundo influjo que el Estado ejerce ampliamente en el derecho de las cosas—especialmente con los Registros de inmuebles:—en este respecto, se permite que cada cual se deje llevar por su propio interés; simúlase que ricos y pobres se encuentran ante iguales derechos; en suma, predomina el sistema de derecho privado de la libertad contractual. Ahora veremos la forma que en particular reviste el derecho de obligaciones según el principio de la libertad en los contratos.

CAPITULO IV

EL DERECHO DE OBLIGACIONES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PARA EL IMPERIO ALEMÁN.—DERECHO RELATIVO Á LAS OBLIGACIONES

XXXVI

CARÁCTER GENERAL DEL DERECHO DE OBLIGACIONES. — DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES Y ACCIONES ILÍCITAS

En el libro segundo, el Proyecto (Derecho de las relaciones de obligación) determina aquellas obligaciones que se derivan de relaciones jurídicas entre vivos, especialmente las que nacen de los *contratos*, así como las que provienen de *acciones ilícitas*, y, por último, las originadas de *otros motivos*. Según la intención del autor, el libro segundo del Proyecto, no está destinado precisamente á

tratar de todas las relaciones de obligación, que se producen en el Derecho civil. Las obligaciones que se derivan del derecho de las cosas, del derecho de familia y de las sucesiones, están reguladas en sus libros respectivos, y, según los Motivos (II, 4), aun respecto de estos casos, deben aplicarse tan sólo las reglas dictadas en el libro segundo, relativas á las relaciones de obligación.

De hecho, el derecho de obligaciones, cual resulta expuesto en el Proyecto y en muchos otros trabajos científicos y legislativos, es una idea ó noción colectiva, esencialmente histórica, que aún hoy se basa substancialmente en la doctrina romana, y según la que toda relación de obligación se deriva de un contrato ó de una acción ilícita. Ya entre los romanos, y más aún en el moderno desenvolvimiento del derecho, se ha añadido un tercer grupo, que comprende aquellas relaciones de obligación que se derivan de «otros motivos:» por ejemplo, de un lucro injustificado, de una administración sin mandato. Y, sin embargo,

estas obligaciones se podrían, con gran facilidad, colocar muy bien en el derecho relativo á los contratos cuando se reagrupasen éstos, no sólo bajo el aspecto jurídico, sino también bajo el aspecto económico; por lo demás, este tercer grupo—una categoría embarazosa—no tiene una importancia notable desde el punto de vista de los efectos sociales en masa.

Todas las relaciones importantes de obligación derívanse, pues, ó de un contrato ó de una acción ilícita. Pero esta antiquísima clasificación, ¿tiene algún valor fuera del puramente histórico? En mi opinión, debería responderse negativamente. En el derecho de obligaciones inserto en el Código civil, se debería regular tan sólo el derecho relativo á los contratos, conexo con aquellas obligaciones que se derivan «de otros motivos:» la exposición de las obligaciones relativas á la indemnización de daños provenientes de acciones ilícitas, debería, en buena lógica, separarse del sistema del derecho civil.

El verdadero lugar para estas obliga-

ciones de indemnización sería en un Código general relativo á las acciones ilícitas, el cual, además de sentar las disposiciones primarias del derecho penal general, de la policía y de la administración, debería abrazar también las reglas del derecho privado, acerca de la indemnización debida por daños causados mediante acciones ilícitas. Al Código civil se debería reservar tan sólo aquellas disposiciones referentes á la obligación de indemnizar, que se deriva de no haber cumplido el deudor, adecuada ó suficientemente, una obligación contraída por un contrato.

Unicamente en un Código general de las acciones ilícitas podría el legislador poner en su justa proporción las consecuencias civiles y penales de los diferentes delitos, restableciendo, de un lado, en lo posible, la lesión de intereses, causada por el culpable, y del otro, evitando eficazmente la repetición de acciones semejantes. En la actualidad, tanto en la ciencia como en la legislación, falta una cooperación semejante entre el derecho

civil y el penal; y en esta separación de la legislación civil y la penal están, como es natural, los intereses de las clases pobres, aquéllos que no pueden conseguir su justa satisfacción.

Toda acción ilícita se revuelve ó va contra la persona lesionada ó contra su patrimonio. Los daños patrimoniales contra los pobres no tienen, naturalmente, verdadera importancia social. Son para ellos mucho más importantes los bienes personales, que, de ordinario, son su único patrimonio: la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, el matrimonio, con el honor de la mujer, la fuerza del trabajo, la moralidad. De estos bienes personales, aquéllos que señaladamente son—como la fuerza para el trabajo y el honor de la mujer—objeto de grandes conflictos de intereses entre ricos y pobres, no están suficientemente asegurados, ni por el Código civil ni por el penal, contra los daños derivados de relaciones contractuales, ni contra acciones ilícitas. Este es, realmente, el campo en que las clases pobres pueden levantar las

más justas protestas, para sus reivindicaciones.

Semejante insuficiencia de condición jurídica resulta, en primer lugar, causada por la parcial predilección de nuestra legislación civil en beneficio de las clases ricas. Ya he demostrado (XX y siguientes) que el honor de las mujeres de las clases pobres se halla poco tutelado por la legislación vigente, y luego aduciré otras pruebas análogas en otros respectos. Esta evidente parcialidad, relativa á las acciones ilícitas, difícilmente podría encontrar lugar en un Código general, desde el momento en que se mostrase una preterición de los bienes personales de los pobres ante los intereses de los ricos. Pero en cuanto las consecuencias jurídico-civiles de las acciones ilícitas se tratan en un capítulo referente al derecho patrimonial privado, claro es que las disposiciones referentes al resarcimiento de daños deben, ante todo, tener presentes los perjuicios que puedan causarse á los intereses materiales.

De hecho el Proyecto sienta (§ 221) la

importante regla de que no se puede pedir resarcimiento por daños que no se refieran á la propiedad, sino en los casos establecidos por la ley. Ya nos hemos fijado en uno de éstos (XXV), el del caso de comercio carnal ilícito mediante estupro ú otro grave delito, pues entonces el juez puede asignar á la seducida una equitativa indemnización en metálico, aun sin que se hubiere presentado la prueba de un daño patrimonial (§ 728 del Proy.) El juez tendrá igual facultad también en el caso de lesión premeditada y culpable personal ó perjuicio á la salud, y en caso de premeditado ó culpable impedimento opuesto á la libertad personal, y en otros casos todavía (§§ 726 y 727 del Proy.) Pero siempre queda en pie la regla de que en el derecho de indemnización encuentran protección plena tan sólo, los intereses patrimoniales de las clases ricas; y como tal doctrina parece natural en el derecho relativo á las indemnizaciones, que forme parte integral del derecho patrimonial privado, resulta que el derecho de las obligaciones está influído,

en sus puntos más capitales, en perjuicio de las clases pobres.

Cuán inoportuno es comprender en el derecho de las obligaciones dos cosas tan distintas, como el derecho de la contratación y el de los resarcimientos de daños, lo demuestra una consideración que voy á hacer. Nuestro derecho moderno de los contratos no es más que la organización del trabajo hecha sobre el fundamento del derecho privado: según el concepto del derecho privado, se pone el orden y organización en las grandes masas obreras de todos los países, haciendo de modo que los individuos se sometan recíprocamente mediante contratos formalmente libres. Esta forma social tiene un carácter meramente positivo: en el Estado socialista se pondría en su lugar la organización obrera muy diferente, movida por mandamiento del Estado, de los Municipios, de los grupos obreros—forma ésta de organización de que vemos clarísimas huellas en el militarismo y en la burocracia modernos.—Por grandes que pudieran ser las modificaciones relativas

á los hechos de los delitos y á sus consecuencias, en el acto en que el Estado pasa de la forma de Estado de derecho ó de policía, á la de Estado obrero y económico, podría persistir un Código relativo á las acciones ilícitas, precisamente por el motivo sencillísimo de que las reglas sobre las acciones ilícitas no están en relación alguna íntima con el derecho privado, y, sobre todo, porque el derecho referente á las indemnizaciones se ha incluído, sin razón, en el cuerpo del derecho de las obligaciones.

XXXVII

LIMITACIÓN DE LA LIBERTAD EN LOS CONTRATOS

Todo el derecho de las obligaciones, y señaladamente el derecho relativo á los contratos, se funda sobre la máxima ó doctrina *de la libertad de los contratos*. «Conforme al principio de la libertad de los contratos, imperante en el derecho de

las obligaciones, las partes pueden determinar, á su voluntad, entre sí, con efecto obligatorio, sus relaciones de derecho y de cambio, siempre que á ello no se opongan disposiciones generales ó especiales de la ley» (Mot., II, 2).

Los autores del Proyecto se han olvidado de motivar el principio, de seguro porque saben que una motivación en este punto, les hubiera provocado obstáculos demasiado peligrosos. El verdadero fundamento de la libertad del contrato es, sin duda (como queda demostrado), el que en la esfera de las relaciones relativas á obligaciones por deudas, hay un conflicto de intereses económicos entre ricos y pobres, siendo necesario dejar á los primeros la mano libre para percibir rentas sin trabajar.

Puede, por otra parte, advertirse que en aquellas instituciones jurídicas, en que no surge tal antagonismo de intereses entre las dos grandes castas del pueblo, no impera el principio de la libertad de los contratos; antes al contrario. Así ocurre en el derecho de las cosas, donde

las clases ricas se encuentran como en su casa. Y por tal causa los derechos reales están exactamente determinados por la ley en cantidad y contenido, aun cuando no haya duda de que de ese modo se niegue la satisfacción de las más variadas necesidades individuales. «No puede dejarse á la libertad de las partes, dicen los Motivos, la facultad de dar á cualquier derecho relativo á una cosa el carácter de un derecho real. El principio de la libertad del contrato imperante en el derecho de las obligaciones, no tiene aplicación alguna en el derecho de las cosas. Impera aquí el principio contrario: las partes únicamente pueden sostener aquellos derechos que tienen su fundamento en la ley. El número de los derechos reales es, por tanto, necesariamente (?) limitado» (Mot., III, 3).

Y no ocurre cosa distinta con respecto al derecho de familia, en el cual, en la mayoría de los casos, se encuentran frente á frente personas de igual condición social. La libertad de los contratos no se aplica respecto de las tres principales ins-

tituciones de tal derecho: el matrimonio, las relaciones jurídicas entre los padres y sus hijos legítimos, y la tutela. El matrimonio está sin duda fundado en un contrato; pero una vez estipulado, los derechos personales del cónyuge están determinados por la ley. Las otras dos instituciones principales del derecho de familia: relaciones de los hijos y tutela, están casi por entero sustraídas á la voluntad arbitraria de las partes. Así, aun para las pretensiones derivadas del derecho de propiedad, que tienen su inmediato origen en las relaciones de familia, sobre todo el sostenimiento de la mujer y de los hijos legítimos, puede ser aplicado el principio de la libertad de los contratos, porque al tenor de la ley (§ 1.495 del Proy.) ninguno de ellos puede renunciar, con eficacia legal, á los alimentos para lo futuro.

Mas á pesar de esto, en aquellos casos, en que en la esfera del derecho de familia surge la colisión de intereses entre ricos y pobres, señaladamente cuando se trata de los hijos ilegítimos, inmediata-

mente se manifiesta de un modo natural el principio de la libertad de los contratos. Porque un contrato, ó especialmente una composición entre el padre y su hijo ilegítimo respecto al derecho de alimentos de este último, vale plenamente según el Proyecto (§ 1.576). Pero ya hemos hablado de esto (XXVI).

Fijándose en esta dirección de la legislación relativa al derecho privado, la cual ha estado hasta ahora en manos de las clases ricas y cultas, pueden las pobres aprender á orientarse. Porque si los ricos, á quienes ciertamente no se puede negar un fino tacto para favorecer sus intereses privados, interpretan de un modo tan restrictivo la libertad de los contratos respecto al derecho de las cosas y al de familia, las clases pobres deben seguir la misma dirección respecto al derecho relativo á las obligaciones, derecho que es para ellos de capital interés. Mientras la organización del trabajo mantenga inalterable su carácter actual de derecho privado, las relaciones de deudores deben establecerse, de ordina-

rio, mediante estipulación entre partes; pero realmente la legislación, tratándose de las más importantes relaciones derivadas de los contratos, debe—como en el derecho de las cosas y en el de familia—señalar un contenido típico, entre cuyos límites haya de moverse la voluntad libre de las partes. La disposición de una condición estable y fija, así como un mínimum de benevolencia y de humanidad en las relaciones contractuales de los ciudadanos, es indispensable, sobre todo para aquéllas que, como el contrato de arrendamiento de servicios, se estipulan de ordinario entre personas muy fuertes y muy débiles. La legislación aplicada en los Estados civilizados de Europa á las industrias y á las manufacturas, se ha colocado en primer lugar en este punto (v., p. ej., el Regl. indust. alemán, §§ 105 y siguientes), y es tiempo ya de que el derecho privado venza su atrasado espíritu conservador, para seguir el ejemplo dado por el derecho público.

Se objetará, acaso, la excepción de que las necesidades de las relaciones del co-

mercio, son de naturaleza tan individual, que no pueden ser recíprocamente satisfechas, sino mediante una plena libertad de contratación. Realmente, las necesidades indicadas, en los tiempos actuales de la producción en masa y de la nivelación de todas las condiciones sociales, tienen un carácter aún más uniforme que los fines individuales de la vida, á que pretenden servir el derecho de las cosas y el de familia. Si, pues, estos derechos pueden soportar una tan fuerte restricción del principio de la libertad de los contratos, la aplicación del mismo con respecto al derecho de las obligaciones, no puede parecer una necesidad imprescindible del orden jurídico.

XXXVIII

EXTENSIÓN DE LA LEY DE LA USURA

Ahora bien: el principio de la libertad de los contratos, ¿encuentra, acaso, en la esfera del derecho de las obligaciones tan

discutida aplicación? A esta pregunta hay que responder negativamente, toda vez que en nuestras modernas legislaciones, existen numerosas reglas jurídicas que prohiben ciertos contratos y ciertas cláusulas contractuales, en beneficio de determinadas clases, declarando nulas aquéllas ó éstas. Fijaréme tan sólo en aquella institución que tiene importancia únicamente desde el punto de vista de los efectos sociales en masa: me refiero á la ley penal sobre la *usura*.

Según el Proyecto (§ 358), se pueden estipular por contrato intereses en cualquier proporción, siempre que no se opongan las disposiciones contenidas en la ley sobre la usura. La ley de 14 de Noviembre de 1867, relativa al interés estipulable por contratos, que deja libre la fijación del interés, pero que declara que una deuda contraída con un interés superior al 6 por 100 puede ser denegada por el deudor, viene á ser derogada por la ley de introducción (art. 21). En cambio, según una disposición de dicha ley (art. 9.°, y Mot., 154), la ley penal de

24 de Mayo de 1880, relativa á la usura, debe continuar vigente aun después de puesto en vigor el Código civil. Al tenor de esto, «quien, aprovechándose de la necesidad extrema, de la ligereza ó de la inexperiencia de otro, se hace prometer, por un préstamo ó por la prórroga del pago de una deuda en metálico, un beneficio, ó bien le hace prometer ó dar á un tercero en una proporción superior á la de la tasa ordinaria del interés, de modo que, según las circunstancias del caso, el beneficio esté en evidente desproporción con la prestación,» según la ley, quien tal hiciere, incurrirá en graves penas pecuniarias ó de cárcel, y los contratos que tuviesen las indicadas condiciones serán nulos. Según el Código civil, cada cual podrá fijar, por razón de préstamo ó prórroga, en un pago en metálico, cualquier interés, si bien evitando las elásticas disposiciones penales de la ley sobre la usura: por lo que se ve, en lo tocante al interés reina una libertad del contrato; pero una libertad con el látigo al lado.

Como es sabido, el derecho canónico, interpretando malamente un pasaje de la Santa Escritura, prohibía por completo pedir intereses por préstamos de dinero. Más tarde, á partir del siglo XVI, la prohibición canónica fué sustituída por una tasa determinada del interés, y esta tasa, luego que durante cierto tiempo en Alemania y Austria se gozó de una plena libertad para fijar la tasa, fué, á su vez, sustituída por la ley penal relativa á los préstamos usurarios.

Economistas antiguos y modernos nos aseguran que la prohibición canónica de pedir intereses, estaba justificada por el vínculo de la posesión inmueble y de la economía rural natural que reinaba en la Edad Media; porque bajo aquellas condiciones, la mayor parte de los préstamos eran préstamos hechos por virtud de necesidades extremas, pudiendo llegar á creerse, que hasta la misma ley moderna sobre la usura, está basada únicamente en tal fundamento histórico. El hecho de que Alemania y Austria hayan suprimido la libertad de la tasa del interés, é intro-

ducido nuevamente la ley de la usura, demuestra con claridad que la legislación sobre la usura no se funda en condiciones económicas tiempo há desaparecidas, sino en condiciones efectivas de potencialidad de nuestro tiempo.

Es verdaderamente un hecho que la legislación penal contra la usura tiene como fin principal proteger ciertos grupos sociales distinguidos, sobre todo los propietarios territoriales y de casas, los empleados del Estado y los militares, contra los efectos de su mala administración. Estas clases forman principalmente parte de las llamadas clases cultas, y en parte perciben un estipendio elevado, ó bien una buena renta sin trabajar: si, pues, contraen préstamos ruinosos por incuria, por inexperiencia y por necesidad extrema, casi nunca deja de ser por culpa propia. Las disposiciones penales sobre la usura pueden favorecer á las clases pobres, en las cuales la incuria, la necesidad extrema, la inexperiencia, son condiciones, por así decirlo, normales sólo en contados casos, porque, á causa de su mi-

seria, los pobres no inspiran la confianza necesaria para estipular contratos basados en el crédito. En cambio, en los negocios de empeño, en que las clases pobres toman parte, se querría conceder intereses tan elevados, por virtud de los gastos que exige la recepción, conservación y restitución de las prendas, que la aplicación del concepto relativo á la usura parece casi por entero rechazada. Recordaré tan sólo la ley prusiana de 17 de Marzo de 1881, referente á los préstamos sobre prendas, la cual concede al propietario, por préstamos pequeños (hasta 30 marcos), nada menos que el 24 por 100 al año (§§ 1.°, 2.° y 3.° de la L.); ley, por lo demás, que debe persistir inalterable, después de puesta en vigor la ley de introducción (art. 47).

Esta estratificación de los intereses sociales nos permite reconocer con claridad, por qué razón la legislación sobre la usura, ha escogido siempre como esfera propia de acción, el contrato de préstamo. Quierese con esto usar un privilegio en favor de determinados círculos de las

clases sociales altas y medias. En cambio, respecto de aquellos contratos en que tienen un gran interés también las clases pobres, especialmente en los contratos de arrendamiento de servicios, compra-venta, alquiler y arriendo, la moderna legislación sobre la usura no se aplica jamás, aun cuando en tales contratos se dé, naturalmente con más frecuencia, la usura que en los contratos de préstamo en metálico.

Nadie negará, seguramente, que las clases pobres estipulan tales contratos muy á menudo por necesidad extrema, por ligereza, por inexperiencia. Y en muchísimos casos resultará una penuria tal de condiciones, que equivaldrá la cosa al peor de los casos de usura en préstamos en dinero. Baste recordar las graves angustias que sufren las grandes masas proletarias en las ciudades donde escasean las habitaciones; la penuria de los pequeños colonos, que encuentran un trabajo sin descanso, tomando en arriendo pequeñas colonias; el grave perjuicio que las clases pobres experimentan por parte

de los pequeños comerciantes sin conciencia. Más graves son aún los casos de explotación en los contratos de arrendamiento de servicios, en que el pobre necesita estipular prontamente un pacto, por hallarse falto de los medios más indispensables de subsistencia. Y á pesar de esto, la legislación hállase bien lejos de poner semejantes contratos, perjudiciales á los pobres, bajo las penas de la ley sobre la usura. El reciente Proyecto de Código penal austriaco de 1889 (§§ 317 y 318), ha intentado aplicar el concepto de la usura á ciertas relaciones de contratos que tienen importancia para las clases pobres.

En mi opinión, las clases pobres tienen un derecho fundado para pedir que las leyes sobre la usura, se apliquen por extensión á los contratos sobre los salarios, de compra-venta, de alquileres y arriendo. Las disposiciones penales contra la usura pertenecen á aquella categoría de leyes destinadas á ser más violadas que cumplidas; y si se aplicasen también á los intereses de los pobres, la situación

se acentuaría en mal sentido. A pesar de todo, ampliando la aplicación de las leyes sobre la usura, según más arriba queda dicho, se mejoraría jurídica y moralmente la posición de cada individuo pobre, precisamente en aquellas circunstancias en que, su situación económica, le amenaza con ponerle en las condiciones de mayor angustia.

XXXIX

EL CONTRATO DEL SALARIO Ó DE SERVICIOS. —INSUFICIENCIA DE LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO ALEMÁN

El contrato más importante, desde el punto de vista del objeto del presente trabajo, es el *contrato del salario—Lohnvertrag*.—Naturalmente, como en el Proyecto se atiende, sobre todo, al derecho del patrono, este contrato se halla indica-

do como contrato de servicios—*Dienstvertrag* (1).—Queda demostrado ya antes (XIX) que el Proyecto se refiere al contrato de que hablamos en ocho párrafos muy defectuosos, á pesar de que sobre tal contrato descansa la existencia de la mayoría de las gentes pobres, esto es, de la nación. En el capítulo destinado al contrato de servicios, el Proyecto no resuelve siquiera una de las grandes cues-

(1) Muchas de las opiniones formuladas en los siguientes artículos acerca del contrato de servicios, parecieron, cuando se publicaron por primera vez (1889), radicales. Nadie presentaría hoy esta objeción, luego que en el intervalo el Emperador Guillermo II ha desenvuelto análogas ideas, en su programa de reformas sociales. En los decretos de 4 de Febrero de 1890 dice textualmente «que es una tarea del *poder político*, *regular* la época, la duración y el modo del *trabajo;* debiendo atenderse á la conservación de la *salud*, á la condición de la *moralidad*, á las *necesidades económicas* del trabajador y á sus aspiraciones hacia la *equiparación legal*.» Y así es lo cierto que, en épocas de tan gran movimiento intelectual como la nuestra, los radicales de ayer son los conservadores de hoy. Por lo demás, en cuanto á otras reformas propuestas en este trabajo, que ahora parecen demasiado avanzadas, espero que al fin se produzca un cambio análogo de opinión.

tiones que á él se refieren, ni los Motivos tratan de ella tampoco (II, 455 y siguientes), lo que es un notorio ejemplo de la limitación del punto de vista puramente jurídico.

Cierto es que el contrato de servicios no debe en lo porvenir ser regulado sólo por aquellos ocho párrafos del Proyecto. Según la ley de introducción (arts. 9.° y 18 de la ley de intr.; Mot., p. 67), las disposiciones que en el Código de Comercio y la ley industrial se refieren á las relaciones de servicios mercantiles é industriales, deben, salvo algunas excepciones, continuar vigentes. Además, el Código civil no debe tocar las disposiciones de las leyes territoriales concernientes al derecho de las personas de servicio, pudiendo, por otra parte, los Estados federados dictar, en todo tiempo, nuevos reglamentos relativos á tales personas (art. 46 de la ley de intr., y Mot., p. 148).

Nadie, en verdad, puede dudar ahora de que la ordenación del derecho es no más que un conjunto de relaciones de potencialidad permanentemente recono-

cido; si alguien dudase, que considere la exposición que más arriba queda hecha. Los obreros industriales, que por su organización y cultura constituyen un fuerte poder del Estado, han conseguido, mediante su influjo, una ordenación de sus condiciones de servicio, que si bien no es todavía suficiente, presenta, sin embargo, un carácter muy moderno. En esta ordenación se deberán buscar los gérmenes de una nueva forma jurídica de las relaciones de servicios.

Por su parte, el Proyecto no sabe ofrecer á los criados, que en su mayoría son mujeres pobres y resignadas, más que la continuación de la actual reglamentación, con algunas modificaciones aparentes. Con razón puede asegurarse que ninguna otra parte de nuestro sistema del derecho privado ha quedado tan atrás, recordando por tal modo la servidumbre de la gleba, y otras condiciones autoritarias del orden social feudal, como el derecho relativo á los criados. Más aún: la misma costumbre popular, unida á una legislación atrasada, ha conservado el espíritu

de otros tiempos, porque aun los mejores de nosotros olvidamos con demasiada frecuencia, en las relaciones domésticas con la servidumbre, que no debe nunca un hombre ser tratado como un medio supeditado á los fines de otros.

Para demostrar la verdad de esto, nos basta recordar el reglamento prusiano de 8 de Noviembre de 1810 sobre los criados, y que es, de las leyes análogas, la que tiene un territorio más amplio para su aplicación. Este reglamento fué publicado en vísperas de aquel día de San Martín (11 de Nov. de 1810), en que, por el edicto de 9 de Octubre de 1807, se extinguía por entero en toda la Monarquía prusiana la sumisión hereditaria, que muchos estimaban equivalente á la servidumbre de la gleba. La ley debía imponerse especialmente á los «señores,» los cuales, hasta entonces, habían tenido el derecho de arrebatar á sus «súbditos» los hijos para obligarles á prestar servicio en Corte *(Hofdients)*. *(Land. prusiano*, II, 7, §§ 185 y siguientes.) A nadie puede sorprender que el reglamento pru-

siano sobre los servidores se halle influído por el espíritu de una época pasada, porque depende esto de las circunstancias; pero en lo referente al derecho de los servidores, puede afirmarse con seguridad, que los demás reglamentos análogos adoptados por Alemania y por Austria, aunque originados en una época muy posterior, no tienen, sin embargo, suficientemente en cuenta, el desenvolvimiento actual de las relaciones entre las clases ricas y las pobres.

XL

POSICIÓN DEL ESTADO ANTE EL CONTRATO DE SERVICIOS.—LIBRETAS DE SERVICIO

Aun cuando el contrato de servicios esté regulado en todos los Códigos relativos al derecho privado, la relación de servicio no está, sin embargo, como en todos los demás contratos, al libre arbi-

trio de los contratantes; antes el *Estado* ejerce, mediante sus autoridades administrativas, un influjo más ó menos decisivo en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas. Unicamente las relaciones de servicio de los obreros de alta cultura, como secretarios particulares, preceptores, institutrices, conservan, la mayoría de las veces, su carácter de puro derecho privado, porque en tales casos las partes del contrato son de análoga cultura y posición social. La actividad del Estado oculta muy enérgicamente en segundo término el lado jurídico privado de la relación de derecho, en aquellos contratos en que el elemento principal está constituído por el trabajo mecánico, y que, por tal razón, resultan estipulados por individuos pertenecientes á las clases pobres. El Proyecto alemán mantenía también este punto de vista, porque, además de las disposiciones del Código civil, ha establecido que debe continuar vigente el derecho industrial y el relativo á las personas de servicio, criados.

Contra semejante intervención del Es-

tado en las relaciones del arrendamiento de servicios, no puede oponerse objeción alguna. La mayoría de los contratos de servicio somete al jornalero al poder del patrono, no sólo en un cierto respecto, sino en todos. El obrero industrial subsidiario, que por orden del patrono debe trabajar doce ó trece horas, dejándole apenas tiempo para descansar y para las demás funciones naturales, no puede mirársele como un ciudadano libre, que puede disponer de sí libremente. Las personas dedicadas á estos servicios, que no tienen regulada la duración del trabajo que han de realizar, están sometidas en cuerpo y alma al dominio del patrono.

Vese aquí claramente lo equivocados que andaban muchos juristas al considerar que la diferencia capital, entre las relaciones del derecho de familia y las de obligación, consiste en estar el hombre, por las primeras, sometido á otro con toda su persona, estándolo mediante las segundas sólo en ciertos respectos relativos á su libertad general. Quien sin pasión juzgue las cosas, no podrá negar que el

señorío ó dominio ejercido por el patrono sobre el obrero asalariado es, en su contenido y extensión, mucho más riguroso que el que en nuestros tiempos corresponde al cabeza de familia, sobre su mujer y sus hijos, al tutor sobre el pupilo.

En rigor, un contrato de derecho privado que entraña una relación tal de dominación, bien ofrece un motivo de intervención para el Estado. Nuestra época, que quiere acabar con los últimos restos del Estado patrimonial, no consiente que un ciudadano ejerza un dominio permanente respecto de otro, sin que el Estado intervenga, cuide y guíe. A partir de este supuesto, la legislación moderna no vacila en intervenir de un modo decisivo hasta en las relaciones de familia de los ciudadanos: siendo esto así, no debe maravillar que el Estado haya procurado someter á su influjo las relaciones que existen entre patrono y obrero, ó servidor, los cuales son uno para el otro extraños y á menudo entre sí hostiles.

Sin embargo, las clases pobres tienen en este punto que quejarse con razón de

la ingerencia del Estado en las relaciones de servicio, y especialmente en el derecho de los dependientes, porque tal ingerencia atiende parcialmente á favorecer á las clases ricas. Quien trabaje por un salario, debe buscar un patrono y estipular por sí un contrato, sin que el Estado lo auxilie en tal tarea; aquí, en donde el Estado y las Corporaciones políticas podrían prestar grandísimos servicios al obrero, se mantiene exclusivo el punto de vista del derecho privado. Pero apenas se estipula el contrato de servicios, el Estado pone en movimiento su aparato policiaco para mantener en obediencia y sumisión al servidor, ó dependiente. Viene muy en punto recordar aquí la libreta de servicios domésticos, los castigos policiarios del criado por incumplimiento parcial ó total del contrato de servicios, y la exención penal de las injurias leves pronunciadas por el patrono contra quien le sirve (1).

(1) La Ord. prus. de 29 de Sept. de 1846; ley prus. de 24 de Abril de 1854; §§ 77 y siguientes del Regl. prus. de los criados de 8 Nov. de 1810.

La disposición más importante de todas las que indicamos es la que se refiere á la libreta de servicios de los criados y la del trabajo, prescrita esta última en algunos países (v. gr., en Austria), aun para los trabajadores mayores de edad. Tales libretas constituyen el único caso en que se tiene en cuenta por la autoridad pública, el cumplimiento de contratos de derecho privado, y en que la simple lesión de una cláusula del contrato perjudica el porvenir del obrero, no en menor medida que una condena criminal perjudicaría á individuos pertenecientes á otras clases sociales. Añádase á esto que las inscripciones ó registros en la libreta se hacen según la declaración de la otra parte contratante, aunque ello sea bajo la intervención de la policía. Con dificultad un hombre de negocios de las clases ricas podría dirigirse, si todas las personas con quien ha estipulado contratos, hubieran de registrar en una libreta semejante, su opinión en cuanto á la escrupulosidad en la observancia de los contratos mismos. Instituciones excepciona-

les de esta naturaleza únicamente pueden justificarse, considerando que se estima por adelantado que las clases pobres están obligadas á la obediencia y á la sujeción, respecto de las clases sociales más ricas; pero si se estima que los obreros son una casta que goza de iguales derechos y como todas las demás clases de la sociedad, hay, por necesidad, que rechazarlas.

La intervención del Estado en las relaciones de servicios, debe tener un objetivo más glorioso, que el de mantener sometidos á aquéllos que por su misma posición social se ven obligados á la obediencia. Nuestra organización obrera actual tiene un carácter predominantemente de derecho privado, y por este motivo, las relaciones de servicio no pueden ser fundadas, sino mediante contratos formales entre patronos y obreros. Sin embargo, teniendo en cuenta que entre los más importantes fines económicos del Estado está el de proteger el régimen obrero del pueblo, contra las perturbaciones provenientes de huelgas ó de otras circunstancias, tiene aquél el deber, en

mi concepto, de hacer menos sensibles los defectos de la organización obrera fundada en el derecho privado, relacionando á patronos y á obreros, y cooperando en la estipulación de los contratos de arrendamiento de servicios. Teniendo como tiene el Estado moderno en sus manos gran parte de los medios de transporte y comunicación, parece el más indicado como mediador. No es, sin embargo, éste lugar adecuado para exponer en sus detalles un plan, ya que al fin nuestro propósito se reduce á la simple crítica del futuro Código civil. Limitaréme tan sólo á advertir que la mediación de que tratamos debe ser confiada á órganos autónomos del mundo obrero—algo según el modelo de las Bolsas del Trabajo francesas,—ó bien á funcionarios del Estado; pero siempre gentes independientes de los patronos, porque de otro modo sería de temer un ulterior aumento del influjo de estos últimos, el cual es ya por sí mismo excesivo en demasía. (Véase § 97, pág. 2, Regl. ind.)

XLI

OBLIGACIÓN DEL PATRONO DE CUIDAR DE LOS BIENES PERSONALES DEL OBRERO (SERVIDOR)

La parcialidad de la interpretación puramente jurídica sostenida por el Proyecto alemán, en lo tocante á los contratos de arrendamiento de servicios, resulta de la definicion misma del contrato, al tenor del § 559. Por el contrato de servicios—dice el Código—quien se compromete á prestar el servicio—*Dienstverpflichteter*—queda obligado á prestarlo á la otra parte *(Dienstberechtigter)* en los términos estipulados, y el que debe recibir el servicio queda obligado á entregar á quien lo presta la compensación convenida. Los autores del Código tratan, según esto, el contrato de servicios, cual si fuera un contrato de compra-venta, ó como cualquier contrato que tenga por objeto la prestación de una cosa. Así co-

mo el vendedor no debe dar más que el par de zapatos encargados, y el comprador sólo el precio en la compra estipulado, la obligación del patrono ó amo deberá limitarse al salario, y la del obrero ó criado al servicio convenido.

Semejante estipulación es, sin embargo, completamente insuficiente. En los contratos referentes á ciertos servicios transitorios, no pueden éstos ser separados de la individualidad del obrero, que representa un valor absoluto. En las relaciones del trabajo, que exigen toda ó una gran parte de la actividad del obrero, especialmente en las relaciones de los criados urbanos y rurales, y de los obreros industriales, resultan éstos sometidos al patrono, no sólo con referencia á los servicios que prestan, sino con toda su personalidad. Deben emplear, no solamente toda su fuerza, según las órdenes del patrono ó amo, sino que con frecuencia excesiva deben someter en beneficio de los intereses del patrono mismo sus propios *bienes personales (persönlicher Güter)*: la vida, la salud, la

energía, cuando no el honor y la moralidad.

Siendo esto así, el amo ó pâtrono debe ser llamado, dentro de los límites de la responsabilidad jurídica (véase luego LII), á garantir ante el obrero estos bienes personales; debe, hasta donde de él dependa, cuidar de que no resulten perjudicados, en las relaciones de servicio, la vida, el cuerpo, la salud, las fuerzas, el honor y la moralidad del obrero ó criado. Mas según el Proyecto, no cabe duda de que, mientras no encuentren aplicación otras leyes especiales, el patrono podrá, sin temer consecuencias perjudiciales, llevar intencional ó descuidadamente á sus servidores á la enfermedad ó á la muerte, siempre que no traspase los límites de los derechos que se le concedieren en virtud del contrato de servicios (véase además § 124–5, Regl. ind.) Las disposiciones del Proyecto, en efecto, relativas á este contrato, no imponen al patrono (§§ 559 al 566) en estos casos ni la obligación de un resarcimiento de daños; por otra parte, queda siempre re–

chazada la aplicación de las reglas generales referentes á la obligación de la indemnización por acciones ilícitas, porque ni las relaciones contractuales, ni el ejercicio de un derecho particular derivado del contrato, se hallan sometidos á tales disposiciones. (§§ 224, 559, 704, 705 del Proy., y Mot., II, 726 y 727.)

A diferencia del arrendamiento ó alquiler de una cosa, respecto de la cual se concede cualquier uso correspondiente al contrato, el contrato de salario será la última reminiscencia de la esclavitud y adquirirá un carácter propiamente humano, únicamente mediante la disposición de que los derechos del patrono tendrán un límite, ante el uso propio de los bienes personales del obrero. En la legislación de los Estados civilizados relativa á las industrias y á los obreros, se encuentran huellas de esta doctrina; pero sólo alcanzará un carácter permanente cuando se vea incluída en los Códigos civiles. Y si una disposición tal, que la justicia y el creciente poder de las clases obreras reclaman, necesitase una justificación me-

diante una fórmula jurídica, podría decirse: la lealtad y la fe reclaman, en la estipulación del contrato de servicios, que se garanticen los bienes personales del obrero, y cuando tal cláusula no resulte expresa en la estipulación, debe considerarse como ímplicita.

Una reforma semejante de la relación de servicios es hoy de grandísima importancia. Los seguros para los casos de enfermedad, desgracia, vejez ó inutilidad en el trabajo, á los que presto seguirán los de las viudas y huérfanos, son, en verdad, medidas de altísimo valor, cuyos beneficiosos efectos, aún no son bastante apreciados por las clases obreras. Por otro lado, sin embargo, no hay duda de que esas instituciones beneficiosas por sí mismas perjudican notablemente, dado que los patronos sean en parte egoístas, á los bienes personales de los obreros, en razón de que las obligaciones jurídicas y morales á que en primer término debía atender el patrono, respecto del obrero dañado en sus fuerzas, en su salud ó en otros bienes personales, mediante el se-

guro obligatorio, parecen transferidas en gran parte, á cargo de las Cajas para los casos de enfermedad, de las Asociaciones de oficios y de las instituciones regionales de seguros.

Al propio tiempo que se verifica el desenvolvimiento del seguro público, debe procederse á aumentar la garantía civil de los bienes personales del obrero. Si por un momento olvidásemos, que aquéllos que se encuentran verificando las relaciones del trabajo son nuestros hermanos, deberíamos sentirnos impulsados á transformar el derecho civil en el sentido antes expuesto, por la consideración de que el capital del trabajo de una nación supera al patrimonio real de la misma, y en su virtud debe ser protegido en primer término por el derecho público y por el privado.

XLII

DETALLES DE LAS DISPOSICIONES RELATIVAS Á TAL OBLIGACIÓN

El patrono, pues, debe, hasta donde pueda, cuidar de que en la relación de servicios no sufra perjuicio en la vida, en el cuerpo, en la salud, en las fuerzas, en el honor y en la moralidad, el obrero. Esta máxima contiene una serie de importantísimas *consecuencias*. Me limitaré en este punto á exponer los principios, absteniéndome formular una proposición completa de ley, porque exigiría ésta una serie de detalles de que quiero prescindir.

En primer lugar, según lo expuesto, el patrono puede usufructuar las fuerzas que en virtud del contrato de servicios están á su disposición, sólo en aquella medida y modo que no perjudique el uso á los bienes personales del obrero. Esta máxima jurídica representa el límite extremo al cual debe aspirar, toda reforma del con-

trato del trabajo, inspirada en sentimientos de benevolencia hacia el pueblo. Respecto á los *obreros* de más alta condición (secretarios, maestros, preceptores, ingenieros civiles) que ocupan una posición social más análoga á la del patrono, el respeto á los bienes personales que se pide tiempo hace que se observa, siendo ya como cosa impuesta por la misma costumbre. Ampliando esta máxima jurídica á todos los contratos de servicios, el más vulgar y modesto jornalero dejaría de ser una máquina de trabajo, para ser un individuo en el goce de sus derechos, en posición de pedir y obtener estimación y miramientos, para sus supremos intereses personales.

Adviértese en la legislación moderna una corriente que indudablemente va en el sentido de tal doctrina jurídica. Las legislaciones de Austria y de Suiza han señalado un límite máximo de trabajo, con relación á ciertas clases de obreros—jornada normal de trabajo.—El trabajo de las mujeres y de los niños se halla limitado. Pero es claro que semejantes re-

glas de limitación, que por su carácter mecánico se recomiendan á la rutina administrativa, nunca pueden hacer superflua la máxima fundamental del derecho civil.

Una *segunda* consecuencia de la suprema máxima fundamental, consistiría en que el patrono debería, según las indicaciones de la experiencia, adoptar todas aquellas medidas exteriores apropiadas, para impedir una lesión en los bienes personales del obrero. Semejante máxima jurídica reguladora, aunque menos amplia, se encuentra ya en el Reglamento industrial alemán (§ 120). Según éste, los industriales están obligados á adoptar y mantener todas aquellas medidas que con relación á la naturaleza de la industria, y á las condiciones en que se ejerciese, sean necesarias para asegurar hasta donde fuese posible, contra los peligros de la vida y de la salud. Con sólo ampliar esta disposición contenida en el Reglamento citado, se lograría formular la máxima general indicada. No se puede, en verdad, comprender cómo la obligación

de adoptar aquellas medidas exteriores necesarias, ha de recaer sólo en los industriales y no en todos los demás patronos; además, ¿por qué razón se deben proteger solamente la vida y la salud y no también los demás bienes personales del obrero, v. gr., su fuerza productiva y su moralidad? (Véase § 139 a, Regl. ind.)

En *tercer* lugar se debería obligar al patrono á procurar la habitación, el alimento y el vestido, si así se estipulase en el contrato, de modo que no resultasen perjudicados los bienes personales, la salud, las fuerzas del trabajo, la moralidad. Por la misma naturaleza de las cosas, debería considerarse esto como implícito; pero las condiciones, en tantos respectos desfavorables de los obreros, piden que la disposición que eso supone se formule expresamente (véase § 83, Regl. prus. de serv.) La aplicación de tal disposición de una manera conveniente, tendría una grandísima importancia práctica, porque los locales y habitaciones destinados especialmente á la servidumbre y á los obreros industriales, tienen con frecuen-

cia un carácter anti-higiénico, contribuyendo esto no poco, á la exasperación de las clases obreras del pueblo, contra las clases altas.

El patrono debería naturalmente garantir el cumplimiento de estas tres obligaciones, únicamente en cuanto la ley reconoce la responsabilidad jurídica relativa á las acciones. Ya que, según el Código, cada cual responde, por lo general, por acciones premeditadas ó derivadas de negligencia, se debería hacer responsable al patrono, cuando obrase contra sus obligaciones con premeditación ó por incuria. Más adelante (véase LII) demostraré que la responsabilidad jurídica relativa al contrato de arrendamiento de servicios, debe ser aplicada también con relación al llamado interés personal. Supuesta esta idea como fundamento, el patrono debería responder también cuando lesiona los intereses personales del servidor, no premeditadamente, no por incuria, sino por interés personal.

XLIII

OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR PARTE DEL PATRONO EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DE SU DEBER

Debemos exponer aquellas disposiciones mediante las cuales se puede asegurar la práctica aplicación de semejantes reglas, y que significan una victoria alcanzada por el hombre sobre las cosas, por los intereses morales sobre los económicos. Aquí tampoco se trata de artículos de una ley, cuya redacción no es difícil en la técnica jurídica: bástanos fijar las reglas capitales. Los puntos siguientes son de especial importancia.

Ante todo, se deberían declarar jurídicamente nulas las estipulaciones entre obrero y patrono, que rechazasen ó disminuyesen la responsabilidad de este último, con respecto á los bienes personales del primero. El obrero no puede renun-

ciar ni expresa ni tácitamente (v. gr., sometiéndose al reglamento de un taller) á sus capitales bienes personales, á la conservación de su vida, de su cuerpo, salud, energía, honor y moralidad. De tiempo ya el ordenamiento jurídico declaraba nulas, por ofensivas á las buenas costumbres (§§ 106 y 344 del Proy.), esas estipulaciones referentes á los bienes personales, que tienen un valor absoluto, y que perdidos no se pueden recobrar, cuando no se opusiesen importantísimos intereses de las clases poseedoras. Sin una ley coactiva, que excluya ó impida toda disposición arbitraria de los interesados, la responsabilidad del patrono no podría encontrar efecto sino en límites muy restringidos, porque siendo económicamente más fuerte, lo evitaría siempre mediante estipulaciones contractuales. Realmente, tratándose como se trata de los intereses personales más importantes de las clases obreras, bien pueden éstas reclamar, con razón, una restricción de la libertad del contrato, análoga á la que siempre se ha concedido á las clases

ricas con respecto á sus intereses (XXVII y XXXVIII).

En *segundo* lugar, se debería imponer en todo caso al patrono que hubiere sido causa de una lesión en los bienes personales del obrero durante el servicio, la obligación de la indemnización. Ya antes hemos visto (XXXVI) que el § 221 del Proyecto, referente tanto á las relaciones entre deudores derivadas de contratos, como á las acciones ilícitas, mantiene precisamente el punto de vista perfectamente opuesto, disponiendo que se debe indemnización sólo cuando hubiese un daño patrimonial. En lugar de este párrafo, debería estar la disposición contraria, esto es, que todo daño patrimonial, al igual que toda lesión de los bienes personales del hombre, ya sean ocasionados durante las relaciones del contrato, ya por acciones ilícitas, obligan al culpable á dar una indemnización. Es indiferente, ó mejor, una pura cuestión académica, definir el resarcimiento que debe exigir el lesionado en sus bienes personales, como una indem-

nización, ó como «una indemnización en metálico,» ó bien como una «multa.» (Véase §§ 721 y 728 del Proy.; §§ 188 y 231 del Cód. pen., cit.)

Acaso se objete diciendo que los bienes personales tienen un carácter ideal predominante, por lo que se escapan á una evaluación expresada en dinero. Pero no debe olvidarse que en muchos casos de lesión de bienes personales, el Proyecto concede de hecho la entrega de una equitativa indemnización metálica (XXXVI); y lo que es posible en este supuesto, no debe resultar imposible, cuando se trata de lesiones en otros bienes personales.

Por otra parte, cabe decir que el resarcimiento de daños patrimoniales, contra el cual los autores del Proyecto ninguna repugnancia sienten, con harta frecuencia carece de carácter palpable y definido. Según el § 218 del Proyecto, el resarcimiento de daños comprende, tanto la pérdida sufrida en el patrimonio, cuanto el lucro cesante. Como lucro cesante se considera únicamente, lo que verosímilmente podría esperarse del curso ordina-

rio de las cosas ó de circunstancias especiales, y, sobre todo, de medidas y disposiciones tomadas. Que cualquier jurisperito versado en asuntos de resarcimiento de daños me diga si con semejantes fórmulas generales se tiene alguna base sólida de apoyo para definir el lucro cesante, ó si más bien con ella, de lo que se trata es de disimular el puro arbitrio del juez y de los peritos (véase Mot., II, 18).

La obligación general de resarcimiento de daños por lesión de bienes personales se ampliría, naturalmente, bastante más allá del contrato de servicios: debería comprender todas las relaciones de obligación derivadas de contratos ó de acciones ilícitas. Esta obligación de resarcimiento, restringida al derecho del contrato, sería de grandísima importancia para las relaciones de servicios, porque en nuestros tiempos la lucha entre patronos y obreros, recae principalmente sobre los bienes personales de estos últimos. Sería, pues, indispensable, modificando el § 221 en el sentido propuesto, repetir de un modo terminante y claro en

el capítulo referente al contrato de arrendamiento de servicios, la disposición relativa á la responsabilidad del patrono por lesión de sus bienes personales.

XLIV

REGULACIÓN DE ESTA OBLIGACIÓN POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Con la máxima jurídica, según la cual el patrono, para evitar la obligación del resarcimiento, debe cuidar de los bienes personales del obrero, aun á pesar de las estipulaciones en contrario, se pone el fundamento de una nueva noción de las relaciones del salario. Esta nueva concepción fundamental tropezaría, naturalmente, en su aplicación á los innumerables casos de la realidad, con dificultades grandísimas; y como los Tribunales se hallan compuestos de un modo desfavorable para las clases pobres, penetraría

con inmensa lentitud en la vida práctica civil. Pero en cuestiónes de tal índole, un Código no podría fácilmente pararse á detallar más: antes bien, se abre aquí un amplio campo de acción á la *actividad administrativa del Estado.*

En este respecto, no podemos hacer otra cosa que dar forma y desenvolvimiento en nuestra legislación á tendencias preexistentes. Así, en el Reglamento industrial alemán (§ 120) se dispone que el Consejo federal pueda dictar prescripciones en que se determinen las disposiciones relativas á todos los trabajos de una especie dada, destinadas á prestar la seguridad conveniente contra peligros de la vida ó de la salud. Además, tenemos que una decisión del Consejo federal (§ 139 a del Regl. ind.) puede prohibir por completo, ó someter á condiciones especiales, el empleo de obreros jóvenes ó de obreras en ciertos ramos de la industria, que entrañen peligros particulares para la salud ó la moralidad. De estas disposiciones resulta que el Consejo federal puede, respecto sólo á los obreros in-

dustriales, imponer desde luego al patrono, mediante normas generales, una parte de aquellas obligaciones que más arriba dejo definidas (XLII), como en atención hacia los bienes personales de los obreros. Las Corporaciones de oficios pueden también, respecto de ciertos ramos de la industria para determinados ejercicios, ó en ciertos distritos claramente determinados, obligar á sus asociados á adoptar aquellas medidas exteriores necesarias para evitar accidentes, teniendo el derecho de vigilar el cumplimiento de este deber (1).

Sobre el fundamento de las expuestas prescripciones, el Consejo federal ha dictado repetidas Ordenanzas para la protección de la salud y de la moralidad de los obreros industriales. Sólo citaré aquí el Reglamento de 9 de Mayo de 1888, relativo á la disposición y uso de los locales destinados á la fabricación de cigarros.

(1) § 78 de la del Seguro de 6 de Julio de 1884. Ver también § 81 de la Ley citada; §§ 9 y 10 de la Ley de 28 de Mayo de 1885; § 44 de la Ley del Seguro por accidentes de 11 de Julio de 1887.

El Reglamento determina la situación, la policía y arreglo de los locales, así como el aire necesario para cada obrero y el almacenamiento del producto, según las exigencias de la higiene. En interés de la moralidad, se determina que los obreros y las obreras jóvenes deben encontrarse en una directa relación con el propietario de la explotación, y que deben existir en disponibilidad excusados y roperos para los hombres y para las mujeres.

Nadie, en verdad, podrá desconocer que estas disposiciones del Reglamento industrial y de la Ley del Seguro por accidentes, están basadas en la idea de que el patrono está obligado á cuidar de los bienes personales del obrero, especialmente de su salud y de su moralidad, mientras dure la relación de servicios. Lo único que puede sorprender es que semejantes disposiciones tan beneficiosas se refieran sólo á los obreros industriales. ¿Es que acaso la salud y la moralidad de los grandes grupos de criados rurales y urbanos se hallan expuestos á menores peligros que los obreros ocupados en la

fabricación de cigarros? Muy por el contrario, se puede asegurar que la organización y la mayor cultura de los obreros industriales, les pone en situación de pedir al patrono mejores condiciones en este respecto, siendo precisamente estos los mismos factores de su potencialidad, que han logrado conseguir las disposiciones contenidas en el Reglamento industrial.

Los beneficios há tiempo concedidos á los obreros industriales deberían, en mi concepto, ampliarse á todas las personas que se encuentran en relación de servicios, y, sobre todo, á los criados rurales y urbanos, aun cuando no hayan promovido jamás inoportunas pretensiones ante el Estado. Supuesto que el Código civil estableciese que el patrono debía cuidar de los bienes personales de los obreros, ya sea al usar de sus fuerzas, ya adoptando medidas externas, ya en la alimentación, sería preciso añadir la ulterior disposición de que las autoridades administrativas provinciales superiores, puedan dictar normas generales para la eje-

cución de aquella obligación, ya sea para ciertas relaciones de servicios, ya para determinados distritos, en cuanto no fuesen competentes las autoridades imperiales. Esto no impediría que algunas cuestiones importantes: la jornada normal del trabajo, la limitación del trabajo de la mujer y de los niños, el descanso dominical, continuasen reservados á la legislación imperial y de los Estados.

Suponiendo ahora que semejante actividad legislativa y administrativa fuese completa, el conjunto se nos presentaría bajo el aspecto de un nuevo ordenamiento de las relaciones de servicio, sobre los fundamentos del derecho privado. En lugar de la voluntad unilateral y de las costumbres imperantes hoy en tales relaciones jurídicas, se constituiría una amplia codificación del régimen obrero, que, por otra parte, sería bastante adaptable para tomar en cuenta todas las particularidades locales é históricas y para sufrir cualquier modificación que resultase necesaria. Al propio tiempo, las relaciones entre ricos y pobres serían lo más favora-

bles posible, dentro de los límites concedidos en general al régimen al derecho privado.

XLV

LIMITACIONES Á LA OBLIGACIÓN DEL SERVICIO DOMÉSTICO

El régimen expuesto de las relaciones de servicio, basado en la cooperación de la legislación civil y de la actividad administrativa del Estado, bastaría seguramente para dar, en cierto modo, á la relación entre patrono y obrero una forma más justa y más favorable. El Código civil debería dar un paso más aún en el mismo sentido (XLII), con el propósito sólo de destruir los hábitos egoístas tradicionales en las clases altas. Este paso habría de darlo precisamente con relación á la *servidumbre (Gesindewesen)*.

Ninguna otra condición, en la sociedad presente, se asemeja á la esclavitud ó á

la servidumbre de la gleba, como la de la servidumbre doméstica. Mediante el contrato de servicios, *toda* la fuerza activa del criado pasa, en virtud de la costumbre, á disposición del patrono; y cuando los llamados «amos» ó «señores» (*Herrschaft*) conceden á sus criados, en largos intervalos, la libertad para dar un paseo, ó bien algunos momentos para despachar un negocio propio, esto reviste, por lo común, todas las apariencias de un acto de humanidad ó de afecto. Los que hoy hacen política socialista, miran con horror aquellos «desmedidos» servicios gratuitos de los pasados siglos, sin recordar que los domésticos se encuentran en la misma relación jurídica. Considerando que el objeto del contrato de servicio consiste en que el servidor ponga á disposición del patrono su fuerza por un término ó para un fin dado, nuestros criados tienen en realidad á su cargo una jornada normal de trabajo de veinticuatro horas.

A nadie, en verdad, puede extrañar que una relación tan contraria á la natu-

raleza no satisfaga, no ya á los criados, pero en gran parte ni á los «amos.» Todo hombre puede, con razón, pedir que se le deje á su disposición un término de tiempo dado para sus fines personales, sin estar sometido á la voluntad ajena. Quien no posee tal derecho, no es libre, por muy amplio poder que se le reconozca, para romper en cualquier tiempo la relación indicada.

Aun á riesgo de que resultase extraño un párrafo tan popular en el Código alemán, que únicamente se preocupa de defender los intereses de las clases superiores, me atrevería á proponer que en el capítulo relativo al contrato de servicios se formulase y añadiese la siguiente disposición: «Se concederá al criado siempre un determinado espacio de tiempo para dormir, comer y despachar sus ocupaciones personales. El criado no podrá renunciar legalmente á la concesión de este término. Las autoridades superiores podrán dictar normas generales para la ejecución de esta disposición, las que podrán variar para determinadas clases de

criados y para determinados intereses.»

Lo del término para dormir y para comer debería, claro es, referirse á todos los días. En cambio, la concesión de una breve suspensión de las faenas cotidianas para el despacho de los asuntos propios, resultaría inútil para el criado é incómoda para el amo. En este respecto, sería más oportuno que la autoridad administrativa obligase al amo, á conceder á los criados la exención del servicio, por las tardes uno ó dos días á la semana.

Ya ciertos antiguos reglamentos relativos á los criados obligaban á los amos á conceder el tiempo libre suficiente para fines personales dados, v. gr., para asistir á las ceremonias divinas (Regl. prus. sobre el servicio doméstico, § 84). Las indicaciones antes expuestas no son, pues, más que una ampliación de aquel deber aplicado á las exigencias de nuestros tiempos. La perfecta aplicación del mismo exige una transformación de nuestras costumbres domésticas; las mujeres de las clases ricas, sobre todo, deberían ocuparse más de lo que hoy lo hacen de

las faenas de su casa. Pero este sacrificio sería ampliamente recompensado con un mejor desenvolvimiento de la relación con los criados; relación que debe resultar tanto más desfavorable, cuanto más se reaviven en las masas la propia conciencia y los instintos de libertad.

XLVI

CONTRATO DE SERVICIOS DE LA MUJER CASADA

El estudio del contrato de servicios desde el punto de vista de los pobres resultaría incompleto, si no tuviésemos en cuenta los numerosos conflictos que se derivan, de la coexistencia de las relaciones de servicios y de familia. Como estas dos relaciones jurídicas interesan, por lo común, al hombre en toda su individualidad, estos conflictos son en muchos casos inevitables. En el respecto de los efectos sociales sobre las masas, son de ma-

yor importancia aquellos casos en que las *mujeres casadas* ó *viudas* se encuentran permanentemente en relación de servicio, y obligadas por este motivo á abandonar el cuidado y la educación de sus hijos.

Las disposiciones del Proyecto en cuestión tan importantísima, son muy deficientes. Según el § 1.506, además del padre, tiene la madre, durante el matrimonio, la obligación y el derecho de cuidar del niño. Según otra disposición (§ 1.277 del Proy.), la mujer necesita del consentimiento del marido para estipular contratos de servicios. Pero en ninguna parte se dice cuál de las obligaciones (entre la de servicio y las domésticas) debe tener la preferencia, en el caso de que ambos cónyuges estuvieran impedidos permanentemente, por contratos de servicios, para el cumplimiento de sus obligaciones paternales y maternales. Los autores, tácitamente, parten en esto de la idea de que debe continuar el presente estado de cosas; así que, en el supuesto de un conflicto, es preciso cumplir en

absoluto los deberes del servicio pactado, aunque las relaciones de familia se hayan originado primero, y en el concepto popular se consideren más sagrados é intangibles. El mismo Reglamento industrial (§ 135) participa de tal concepto en cuanto prohibe la ocupación de la mujer sólo tres semanas después del parto, y eso en las fábricas.

Sin duda es ésta una de las más fuertes contradicciones de nuestro régimen jurídico, tan lleno de contradicciones. El Estado impone á los padres la obligación de cuidar y de educar á sus hijos, y á la vez permite sin reservas que éstos se sometan en muchos casos á ciertas relaciones que imposibilitan el adecuado cumplimiento de semejante obligación. La existencia de relaciones entre padres é hijos es, sin duda, examinada y determinada por el juez, de oficio, en cierta medida, cuando tal cuestión se controvierte entre padre é hijo (art. II, §§ 577 y 627; c. d. de la ley de instr., y Mot., pág. 90); pero los autores del Proyecto se han guardado muy bien, ante las

graves consecuencias sociales, de somèter á la confiscación, de oficio, las consecuencias prácticas de semejante relación jurídica, y, sobre todo, la obligación de los padres de educar y de cuidar á sus hijos.

Difícil sería encontrar en el derecho privado un medio propio para resolver oportunamente una tan fuerte contradicción. Se podría, en verdad, imaginar una regla que permitiese á las mujeres estipular contratos de servicio, únicamente en cuanto no perjudicasen la obligación de cuidar y educar á sus hijos. Peró en las presentes circunstancias, una disposición así formulada, condenaría á ruína económica á muchísimas familias de las clases pobres; así que no hay que pensar en reclamarla.

En este punto, la legislación social de los Estados debe estimar que es, ante todo, urgentísimo, poner orden en tan insostenible estado de cosas. La beneficencia privada ha hecho ya algo, instituyendo asilos infantiles y otros análogos. Pero al Estado compete, ante todo, el deber de destruir tal contradicción entre el dere-

cho y la realidad, que amenaza, al nacer, á una parte considerable de la generación obrera que viene.

Las mismas clases obreras deben, precisamente por la razón dicha, mantener este problema con mayor interés que todo lo demás que á sus deseos y aspiraciones toca. La generación obrera moderna, formada en su mayoría en condiciones desfavorables, no verá ya con los propios ojos la mitad de sus aspiraciones. Si las clases trabajadoras supieran elevarse por encima de sus intereses pasajeros del momento, y comprendiesen cuáles son sus verdaderos fines, deberían de atender más á conseguir un mejoramiento físico, intelectual y moral de sus hijos, que no al de su propia existencia. Obrando así, sus hijos conseguirán la idoneidad necesaria para llevar á cabo la transformación del Estado de derecho y de policía *(Rechts-und Polizeistaats)* en un Estado obrero y económico *(Arbeis-und Wirtschaftsstaat)*, obteniendo así la suprema modificación de la situación social de la humanidad.

XLVII

EL PODER DISCIPLINARIO DEL PATRONO

Hay en el Proyecto un grave defecto, que naturalmente debe molestar, sobre todo, á las clases pobres: consiste en que en el capítulo del contrato de servicios no contiene disposición alguna sobre el *poder disciplinario del patrono*. En Alemania, en Austria y en otros países los patronos de grandes establecimientos ó de grandes explotaciones territoriales, sobre todo de fábricas ó sociedades, suelen atribuirse un poder disciplinario sobre sus empleados ú obreros, y con arreglo á él imponer multas, reprensiones, rebaja de salarios, disponiendo la ejecución de trabajos gratuitos, y, por fin, decidiendo, por vía disciplinaria, la expulsión. Esta jurisdicción disciplinaria se funda, á menudo, en un contrato explícito ó tácito entre patrono y obrero; pero hay también casos en que el primero preten-

de atribuirse tal poder disciplinario, sin estipulación alguna, y se le concede.

Este poder disciplinario del patrono se debe rechazar sin más. Porque la esencia de la jurisdicción disciplinaria particular consiste en que el patrono, esto es, uno de los interesados en la relación de servicios, decida sobre la falta de cumplimiento del contrato por el obrero, y le aplique una pena á éste. No hay afirmación de la ciencia procesal tan clara, como la que implica la regla según la que nadie puede ser juez en causa propia, y que por ende el juez debe encontrarse ante los litigantes, como tercera persona, imparcial.

Ahora bien: á pesar de esto, en algunos casos vemos que la ley reconoce expresamente el poder disciplinario del patrono sobre el obrero. Así, p. ej., el Reglamento industrial alemán (§ 127) dispone que el aprendiz está sujeto á la disciplina paternal de su patrono. El marino ejerce su poder disciplinario sobre su tripulación; el empresario de un ferrocarril el suyo sobre sus obreros. Del

propio modo, ciertos reglamentos acerca de la servidumbre, conceden al patrono un poder disciplinario limitado sobre sus criados. Sin embargo, el derecho de castigar del patrono á sus servidores, no se reconoce, ni aun remotamente, en todos los reglamentos relativos á la servidumbre, debiendo considerársele como una institución jurídica semibárbara, que rápidamente desaparece.

Prescindiendo de tales casos determinados por éstas ó aquellas leyes, fundadas en parte en la misma naturaleza de las cosas, no se puede, por lo demás, justificar el poder disciplinario del patrono. Cualquiera puede estipular un contrato de servicio con otro; pero sin que por esto quepa ya suponer en el patrono, aquel grado de madurez moral y de dominio de sí propio, indispensables en la mayoría de los casos en que se obra como juez en causa propia, para no herir el derecho. Añádase aun, que en los casos prácticos más importantes, el patrono, mal satisfecho del comportamiento y del trabajo del obrero, puede expulsarle, pre-

vio aviso, con quince días de antelación (§ 563 del Proy.), obteniendo así los efectos substanciales de la pena más grave disciplinaria, sin necesidad de acudir á la comedia de un procedimiento. No se podrá negar al patrono la facultad de reprender, porque las reprensiones no causan ningún daño material al obrero, pudiendo éste á su vez decir al patrono su opinión propia, sobre el cumplimiento de sus obligaciones.

En ésta y en todas las demás cuestiones importantes de la relación de servicio, el Proyecto alemán no ha tomado resolución alguna. Si cuesta trabajo creer que un punto tan importante que es causa de las repetidas huelgas, y de otros conflictos entre ricos y pobres, haya pasado inadvertido para los autores, no cuesta menos pensar que, dado el silencio observado por el Proyecto, no hay más remedio que esperar que la situación desordenada y dudosa de las cosas, tendrá que continuar como hasta aquí. Y no cabe duda que este estado de cosas á quien beneficia es á las clases ricas. Porque si los

autores hubieran concedido al patrono, ya sobre la base del contrato de servicios mismo, ya sobre la de estipulaciones especiales, un poder disciplinario sobre sus obreros intelectuales ó mecánicos, hubiera sido indispensable determinar, por lo menos, con más detalles, las penas disciplinarias concedidas, y el procedimiento que sería necesario observar, del propio modo que el Estado ha hecho, al desenvolver su potestad disciplinaria relativa á sus empleados y servidores. Ahora bien: de este modo se hubiera reducido notablemente el arbitrio del patrono.

XLVIII

RESUMEN DE LAS PROPOSICIONES LEGISLATIVAS ACERCA DEL CONTRATO DE SERVICIOS

Resumiendo ahora mis proposiciones para una modificación, ó para un complemento, de las reglas contenidas en el Código civil alemán, acerca del contrato

de servicios, desde luego empiezo por reconocer, que son incompletas é imperfectas. Cuando pasado el tiempo alguien se digne hojear estas páginas, con dificultad producirán en su ánimo una impresión distinta de aquélla que producen en nosotros, las disertaciones del pasado siglo, sobre la reforma de las obligaciones gratuitas y del servicio de la gleba. No debe, sin embargo, olvidarse, que yo sòy el primero en hacer luz, desde el punto de vista de las clases pobres, en las profundidades y en las reconditeces más obscuras del derecho privado. Esta posición, nada favorable, debe servir de excusa á la imperfección del trabajo, y, sobre todo, á las indicaciones relativas al contrato de arrendamiento de servicios.

El Proyecto alemán debería ser en parte modificado y en parte completado en los puntos que paso á indicar, y á los cuales se refiere precisamente, como á cosa importante, el Edicto imperial de 4 de Febrero de 1890:

1) Abolición de las libretas de servicio doméstico.

2) El patrono debe cuidar de que en las relaciones de servicio no resulten perjudicados la vida, el cuerpo, la salud, las fuerzas, el honor y la moralidad del obrero.

3) En su consecuencia, el patrono no debe hacer uso de las fuerzas productivas del obrero que se ha puesto á su disposición mediante el contrato de servicio, sino en aquella medida y en aquel modo en que, dada la marcha normal de las cosas, no sufran daño los bienes personales del obrero (cap. 2.º)

4) El patrono debe adoptar todas aquellas medidas exteriores adecuadas, al efecto de impedir, en el desarrollo normal de las cosas, daños á los bienes personales del obrero (cap. 2.º)

5) Si como consecuencia del contrato el obrero hubiera de recibir alimento, habitación y vestido, el patrono debe atender á todo, de modo que los bienes personales del obrero no experimenten, normalmente, perjuicio alguno (cap. 2.º)

6) Las obligaciones del patrono enumeradas en los números 2 y 5, no se pue-

den suprimir ni modificar, ya sea mediante el contrato de servicios, ya sea mediante estipulaciones especiales entre el patrono y el obrero.

7) El patrono que obrase contrariamente á lo dispuesto en los números 2 y 5, ya sea premeditadamente, ya por abandono, bien sea por interés propio (véase LII), causando por esto lesiones á los bienes personales del obrero (cap. 2.º), está obligado á dar á este último una indemnización. Esta obligación no puede desaparecer ni rebajarse mediante estipulaciones entre patrono y obrero. La entidad de la indemnización será fijada libremente por el juez, sin necesidad de probar que haya habido daño en los bienes.

8) Con el objeto de llevar á efecto las disposiciones 2 y 5, las autoridades territoriales superiores pueden dictar, á petición ó por sí mismas, normas administrativas generales, que habrán de hacerse públicas oportunamente. Estas normas administrativas pueden ser distintas, según las diversas clases de obreros y

para ciertas localidades. Continúan vigentes las leyes que conceden al Consejo federal, ó á otros órganos, la facultad de dictar dichas normas administrativas.

9) Cuando la ley no disponga lo contrario, el patrono no puede ejercer ningún poder disciplinario sobre el obrero. Los contratos que conceden al patrono una potestad disciplinaria sobre el obrero, son nulos.

XLIX

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO

Toda crítica del derecho privado que mantenga el punto de vista de las clases pobres, y considere el régimen de la propiedad como un hecho establecido, debe tender á poner en primer lugar los bienes personales del hombre, colocando después los intereses de la propiedad. La antigua frase de que el derecho fué creado para el hombre, debe tomarse en serio, hasta donde sea posible, dentro de los

límites de la propiedad privada. Por mi parte he sometido á una crítica fundada en este punto de vista, el derecho de familia y gran parte del derecho de obligaciones; mas para realizar completamente nuestro objeto, sería necesario examinar las reglas de todas las relaciones de contratos importantes, á fin de ver si protegen de un modo suficiente la única pretensión de las masas que se refiere á los bienes personales. Cuestión tan amplia no puede, claro es, encontrar una respuesta completa en el reducido espacio del trabajo presente; sin embargo, en apoyo de cuanto queda dicho acerca del derecho de los contratos, voy á añadir todavía las siguientes observaciones relativas al *contrato de arrendamiento* (*Mietvertrag*).

La necesidad de habitación es una de aquéllas que, si la sociedad estuviese justamente organizada, se podría satisfacer plenamente; en cambio, Malthus y otros dudan que sea posible decir lo mismo de la necesidad de la nutrición. Difícilmente, sin embargo, se podrá conseguir tan

importantísimo fin, teniendo en cuenta la tutela de la propiedad territorial. De hecho todos los proyectos que quieran resolver efectivamente la cuestión de la habitación, sostienen que el Estado por sí, ó bien los Municipios y las Asociaciones *(Genossenschaften)* en su nombre, deben posesionarse de extensiones de terrenos á precios módicos, edificar en ellos habitaciones, haciendo por tal modo posible una más adecuada satisfacción de la necesidad de habitación. En este punto es preciso presuponer, para el punto de vista que mantengo en este estudio, la continuación de la propiedad territorial íntegra y del contrato de arrendamiento.

El Proyecto alemán (§ 503) define el contrato de arrendamiento de un modo análogo al contrato de arrendamiento de servicios. Según tal definición, el arrendador está obligado por el contrato de arrendamiento á ceder al arrendatario el uso de la cosa arrendada por el tiempo del arriendo, y el arrendatario debe entregar al arrendador la prestación pactada (precio del arriendo, alquiler—*Mietzins)*.

El arrendador debe, según esto, cuidar de que la habitación alquilada—pues únicamente quiero tratar del alquiler de estas cosas, tan importantísimo desde el punto de vista social—sea efectivamente cedida en uso al arrendatario; pero no tiene por qué preocuparse de si la cosa es ó no servible para el objeto de ser habitación humana. Si quien puede ceder en alquiler habitaciones anti-higiénicas, y hasta próximas á algún peligro para la vida, sin tener que temer perjuicio alguno en sus derechos privados. Y aunque además el arrendador debe cuidar de que la cosa se conserve apta para el uso establecido en el contrato (§ 505 del Proy.), no importa que este «uso establecido en el contrato» pueda perjudicar gravemente los bienes personales del arrendatario (Mot., II, pág. 373).

Esta disposición del derecho perjudica bien poco á las clases ricas, porque su condición económica las pone en situación de poder elegir libremente sus viviendas. Y, sin embargo, el principio de que el arrendador pueda alquilar aun-

que sean locales inservibles como habitaciones, grava fuertemente sobre las clases pobres, porque al buscar éstas sus habitaciones, casi siempre se encuentran en una posición forzada, teniendo que aceptar á sabiendas las mal sanas. Puede asegurarse que las pésimas condiciones de las habitaciones ocupadas por nuestras clases pobres, se derivan principalmente de tan viciosa situación jurídica. Y nada, en verdad, impide creer que desde el punto de vista del derecho únicamente deberían ser objeto de arriendo, aquellos locales que pueden servir objetivamente á los fines de la habitación.

En virtud de esto, el arrendador que á sabiendas, por negligencia ó por egoísmo (LII) cediese en arriendo locales que, en condiciones normales, pusieran en peligro, por su naturaleza misma, la vida, el cuerpo, la salud, las fuerzas del arrendatario ó de sus allegados, debería responder, y además cuando por la naturaleza de la habitación se hubiese producido un daño semejante. El juez debería

fijar libremente, como en el contrato de servicios, la indemnización que el arrendador hubiera de dar, sin necesidad de que se probase la existencia de un daño sufrido en los bienes. Por último, no sería válida una estipulación entre las partes que tuviese como objeto renunciar á dicha indemnización. Tengo el convencimiento de que una disposición tal, inserta en el Código civil, contribuiría más á mejorar notablemente las condiciones de las habitaciones de las clases pobres, que todas las disposiciones de policía edilicia é higiénica hasta ahora adoptadas. En todo caso, se habría hecho todo lo posible para conseguir una mejor satisfacción de la necesidad de habitación de las clases pobres, sin atentar á la integridad de la propiedad de inmuebles y del contrato de arrendamiento.

L

LAS ACCIONES ILÍCITAS.—PROTECCIÓN DE LOS INTERESES PATRIMONIALES Y DE LOS BIENES PERSONALES EN EL DERECHO VIGENTE

Pasando ahora á la segunda parte del derecho de las obligaciones, esto es, de las *relaciones de obligación derivadas de acciones ilícitas*, advertiré, ante todo, que este campo del derecho no tiene, ni aun de lejos, la importancia social que tiene el derecho relativo á los contratos. El desenvolvimiento normal de la organización del trabajo fundada en el derecho privado, proviene de los contratos y de las relaciones de obligación con ellos conexas, por lo que las acciones ilícitas figuran comparativamente como raros fenómenos morbosos. La obligación de indemnizar por daños derivados de acciones ilícitas, tiene notable importancia en

el derecho de los contratos, sólo en el sentido de que algunas legislaciones tratan del incumplimiento del contrato del mismo modo que de las acciones ilícitas, y en cuanto en los Códigos ambos casos están, en definitiva, regidos según las mismas opiniones y los mismos intereses.

Atendiendo ya á cuáles son los *bienes* protegidos por la legislación civil, contra los perjuicios derivados de acciones ilícitas, es preciso distinguir tres grupos. En primer lugar, los bienes que representan los intereses de las clases ricas; luego los que son comunes á ricos y á pobres, y, por fin, aquéllos cuya defensa toca únicamente á las clases pobres.

Forman parte del primer grupo los intereses patrimoniales. Como en este punto se trata de cuestiones vitales para las clases ricas, la protección civil y penal de los intereses patrimoniales está elaborada con gran cuidado. Ya hemos expuesto en uno de los anteriores artículos de este trabajo (XXXVI) cómo los intereses patrimoniales son mucho más preferidos, con respecto á la obligación de

resarcimiento, que los bienes personales. El Proyecto ha ido más allá que los viejos Códigos en esto de favorecer los intereses patrimoniales, porque el resarcimiento de daños comprende, no sólo el del daño en los bienes, efectivamente pactado, sino, en todos los casos, el del lucro cesante. Añádase á esto que los litigios por cuestiones de posesión y los Códigos penales en lo referente al hurto, al robo, á la perturbación del orden doméstico, de la tranquilidad pública, y otros delitos semejantes, conceden una amplia protección á los intereses patrimoniales, sobre todo en cuanto mantienen firme la parte de hecho del régimen de la propiedad. En suma, las clases ricas únicamente encuentran obstáculos al tener que elegir entre los numerosos medios de protección de que puedan disponer, para defender sus intereses patrimoniales.

Del segundo grupo, intereses comunes á ricos y pobres, forman parte la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad y el honor (§ 704 del Proy.) Estos bienes, como es natural, hállanse protegidos efi-

cazmente contra los ataques graves mediante rigurosas leyes penales; la protección civil, en cambio, es muy insuficiente, según queda demostrado. Falta una protección para las lesiones leves y por lo mismo más numerosas y eficaces, de los bienes personales, que se realizan en las relaciones de arrendamiento de servicios, de cosas y otros contratos; y ocurre esto precisamente, porque en este respecto los intereses de las clases ricas y pobres son antagónicos.

El tercer grupo de bienes, cuya defensa incumbe principalmente á las clases pobres, comprende el honor femenino y las fuerzas productivas. Las clases ricas atribuyen, ciertamente, una gran importancia á esta especie de bienes; pero se encuentran en una posición social tan favorable, que de ordinario no pueden ser atacados por las clases pobres. El honor femenino y las fuerzas productivas, son intereses para los que, con razón, piden las clases pobres una protección eficaz, contra las usurpaciones de los ricos.

En realidad, tanto el honor de la mu-

jer como las fuerzas para el trabajo, no están suficientemente protegidas ni por el derecho civil ni por el penal. En lo que al honor femenino se refiere, ya hemos dicho cuanto creímos oportuno al tratar del derecho de familia. De hecho, no puede negarse que el honor de las jóvenes pobres, estaría mucho más asegurado mediante una más justa forma de la acción por desfloración y de las relaciones jurídicas de los hijos ilegítimos, que ampliando la obligación hasta el resarcimiento ó indemnización.

Idéntica actitud contraria adopta el Proyecto ante los mismos bienes económicos de las clases pobres y ante sus fuerzas productivas. Entre los bienes personales por cuya lesión el § 704 del Proyecto impone la obligación del resarcimiento y de la indemnización, se señalan la vida, el cuerpo, la salud; pero no las fuerzas productivas. Es preciso, pues, admitir que una pura disminución ó suspensión de las fuerzas de trabajo, jamás pueden determinar la obligación de un resarcimiento del daño patrimonial, ó de

una equitativa indemnización en dinero, á no ser que, al propio tiempo, se produzca una lesión corporal ó una perturbación en la salud. (Cons. § 726 del Proyecto.)

En mi concepto, es indudable que se manifiestan perturbaciones en la salud y lesiones en las fuerzas para el trabajo, pero muy á menudo sin ser simultáneas. La salud es aquel estado corporal en que se cumplen de un modo regular todas las funciones naturales: las fuerzas para el trabajo ó productivas, implican por su parte la capacidad del hombre para el trabajo permanentemente en su oficio. La salud, según esto, es un hecho que pertenece exclusivamente á la existencia natural del hombre, mientras las fuerzas productivas entrañan, en sí mismas, una relación con el estado social. La lesión, pues, de estas condiciones no debe, por lo dicho, implicar necesariamente una perturbación de la primera. El cáncer de los fumadores es, sin duda, una enfermedad terrible; pero no perturba por esto, durante largo tiempo, las fuerzas produc-

tivas de un obrero ordinario. Por el contrario, á causa de una gran fatiga, aspirando polvo y aire mefítico, ó en virtud de otras causas dañosas, un obrero puede haber perdido sus fuerzas activas, mucho antes de que se revelen en él síntomas de enfermedad.

Con respecto á este estado de cosas, estimo necesario que en el Proyecto (§ 704), al lado de la vida y de la salud, se coloquen como un alto bien económico de las clases pobres, las fuerzas productivas, tutelándolas así contra las lesiones de posibles acciones ilícitas.

LI

EL DILIGENTE PADRE DE FAMILIA

Toda acción ilícita de la cual se debe derivar una obligación de resarcimiento, se funda en la culpa de quien comete la acción, según el Proyecto, con intención dañada ó por negligencia (§ 704 del Proy.)

Todos los modernos sistemas jurídicos admiten, ciertamente, un grupo considerable, en aumento siempre, de posibles demandas de resarcimiento de daños, que no se fundan en culpa alguna de quien tiene la obligación de indemnizar, y las que se han introducido únicamente por motivos de equidad, ó bien por otros motivos de carácter jurídico-político. Desde el punto de vista de los efectos sobre las masas sociales, estos casos no tienen gran importancia, por lo que podemos en realidad prescindir de ellos.

Con el objeto de decidir en cada caso si uno ha incurrido en una culpa, ó bien si ha prestado la atención suficiente, es preciso que exista una regla directiva, con la cual, se pueda medir el modo de obrar de cada individuo en particular. Esta norma, según el Proyecto, estaría constituída por los cuidados y atención *de un diligente padre de familia (ordentlichen Hausvaters*—§ 146 del Proy.) Quien se conduce como un diligente padre de familia, no puede ser acusado como culpable ni obligado á resarcir por

daños, aunque su modo de obrar presentase, en un caso dado, el aspecto exterior de una acción ilícita. En otros términos: vigente el Proyecto, que en este punto ninguna novedad introduce, se podría considerar el diligente padre de familia como el hombre jurídico normal.

¡Veamos ahora la abominable figura de este diligente padre de familia, digno de ser pintado por un Juvenal ó un Dickens! Aun cuando ni en el Proyecto ni en los Motivos se le defina, podemos, sin embargo, obtener algunos rasgos de tan mezquina figura. Si el diligente padre de familia consiente que uno pierda la vida en un peligro ó de miseria, responde que un diligente padre de familia «vela con conciencia y fielmente, solo, por los suyos y por lo suyo» (Mot., I, pág. 379). Se seduce á una muchacha, y ésta reclama una indemnización: responde á la seducida «que á pesar de la seducción, no se le ha privado de su libre voluntad, y que ningún derecho á indemnización le corresponde á quien, según el § 706, ha aprobado una acción causa del perjuicio»

(Mot., IV, pág. 914). Si un obrero á su servicio, ó bien un inquilino que le ha arrendado una habitación mal sana, pierde la salud, ó sus fuerzas, le consuela diciendo que ha cumplido con toda exactitud sus obligaciones contractuales (§§ 503, 505 y 559 del Proy.) Si el diligente padre de familia tapa con un muro la ventana del vecino—no por utilidad propia, sino por hacerle mal,—se refiere sencillamente á los Motivos del Proyecto (II, pág. 727), según los cuales «quien ejerce un derecho especial (el de propiedad aquí), debe ser eximido de toda responsabilidad, aun en el caso en que el derecho se hubiera ejercitado por mera burla.» Y aún podríamos aumentar el número de respuestas de este orden del diligente padre de familia, tomándolas del Proyecto y de los Motivos.

La fuerza impulsiva que mueve la acción del diligente padre de familia, la conocemos suficientemente con lo dicho. En realidad, el diligente padre de familia no es más que el tipo de la parcialidad de las clases ricas, necesario complemento

personal de nuestro parcial derecho patrimonial. Que se me entregue para el estudio esta figura típica, y yo sabré inducir de ella la mayor parte del moderno derecho privado. Por estas razones, una reforma popular del derecho privado jamás logrará buen éxito, mientras no se intente poner en un nivel más alto el hombre jurídico normal, y sacándolo de la nula moralidad en que vive el honrado padre de familia. Teniendo en cuenta que el tipo de éste penetra y domina en casi todas las relaciones jurídicas del derecho privado, levantándolo, se mitigarían y humanizarían poco á poco aquéllas. Por la misma naturaleza de las cosas, las beneficiosas consecuencias de tal reforma aprovecharían primordialmente á las clases pobres, contra quien van todos los rigores y durezas del moderno derecho privado.

LII

EL HOMBRE HONRADO

No es fácil encontrar ni definir con breves palabras el tipo que debe servir como de norma, para la mayoría de las acciones en el derecho de los contratos, de las de resarcimiento, y, en general, de las del derecho privado. Sin duda que el diligente padre de familia, reducido á sus intereses egoístas, no basta para el caso en una época que considera al Estado, ante la humanidad, como una gran comunidad de intereses morales y económicos. Por otro lado, sería un error poner demasiado alto el nivel, y presentar al hombre noble y pronto al sacrificio como un tipo general, porque el sacrificio por fines extraños no se puede presuponer, en la gran masa de los hombres, como una tendencia permanente de la voluntad.

A riesgo de que los juristas me tachen de sutil, quisiera proponer el verdadero tipo medio del hombre *honrado* ó *probo*, del *hombre de bien (wackeren oder den braven Menschen)*. Al revés del diligente padre de familia, que sólo cuida de los suyos y de lo suyo, el hombre honrado se coloca en el punto debido entre sus intereses y los ajenos. No conoce sofismas en el ejercicio de sus derechos. En cuanto á sus relaciones con las clases pobres, sabe bien que puede salvar sus intereses económicos, con sólo no poner en peligro ó perjudicar, los supremos bienes personales de las personas confiadas á su tutela. A tal fin se inspirará, no sólo en el concepto egoísta de una parte de las clases ricas, sino también en las opiniones morales de las grandes masas populares. En suma: atenderá, no meramente á su bienestar, sino al de los demás, adoptando todas las medidas que un hombre honrado debe adoptar, según derecho y según la popular costumbre.

En donde están aquellas confusas y arbitrarias reglas del Proyecto que definen

las acciones ilícitas (§§ 704 y 705), se debería poner, realmente, el siguiente sencillísimo y popular párrafo: «Todos están obligados á tener respecto de terceros la solicitud á que toda hombre honrado está obligado, por derecho y por costumbre. Cualquier lesión de esta obligación se considerará, al tenor de este capítulo, como una acción ilícita.»

Una disposición tal ampliaría, claro es, el círculo propio de las acciones ilícitas, mientras, por otro lado, no sería posible mejorar las relaciones entre ricos y pobres, sin una cierta restricción de la libertad de acción de los primeros; pero aquella simplificación es menos nociva de lo que á primera vista parece, porque el mismo § 705 del Proyecto, enumera ya muchos casos de mera inmoralidad, entre las acciones ilícitas que, en ciertas circunstancias, pueden dar lugar á una obligación de resarcimiento de daños.

Colocándonos así en tal punto de vista, se deberían distinguir tres grados de culpabilidad: la mala intención, la negligencia ó abandono y el interés personal.

Habría premeditación cuando la acción hubiera sido realizada con intención y conocimiento; negligencia, cuando no se hubiere obrado con el cuidado propio de un diligente padre de familia (§ 144 del Proy.); egoísmo, cuando el ejecutante no hubiera guardado respecto de otros los cuidados propios de un hombre honrado.

Las relaciones jurídicas del derecho privado deberían fundarse, en general, en el tipo del hombre honrado. Por lo menos, cuando se tratase de los bienes personales de los conciudadanos, ya sea en las relaciones derivadas de contratos, ó en otras, todos deberían responder, no sólo de la premeditación y por la negligencia, sino también del mero egoísmo. El patrono, el arrendador, el vendedor de géneros alimenticios, que produjeran la modalidad exterior de una acción ilícita, serían jurídicamente responsables cuando dejasen de tomar las medidas que corresponden á un hombre honrado, y por ello perjudicasen los bienes personales de un conciudadano. Desde este punto de vista, no sería difícil transformar

el derecho relativo á los contratos, tanto el de las acciones ilícitas como el de otros ramos del derecho privado, poniéndolos en relación con la responsabilidad jurídica.

El tipo del hombre honrado podría muy bien ser simpático á las mismas clases pobres, en tanto que el del diligente padre de familia corresponde, evidentemente, al burgués bien acomodado y provisto, que participa tan sólo de las ideas de la parte egoísta de las clases ricas. Serviría además para que al referirse al modelo de las acciones honradas, no se aludiese particularmente y siempre al sexo masculino. Porque ¿cómo pretender de las mujeres que se conduzcan como otros tantos diligentes padres de familia? Los ingleses, que notoriamente poseen un fino tacto para las cosas prácticas, tienen un proverbio, según el cual el Parlamento puede hacerlo todo menos un hombre de una mujer. Por mi parte, quisiera aconsejar al Parlamento alemán que no intente la prueba, con la adopción del Proyecto, de convertir las mujeres, á

lo menos en el respecto jurídico, en otros tantos hombres.

Bien sé que mediante el cambio de dos expresiones y varias otras modificaciones del Código civil, no vamos á fundar el Imperio milenario. Pero ciertas durezas, que serían naturales en el diligente padre de familia, no serían lícitas en el hombre honrado, y por tal modo se abriría camino gradualmente, mediante la práctica de los Tribunales y de la vida pública, á un más alto concepto de las obligaciones recíprocas de los ciudadanos todos. El mismo movimiento socialista de nuestros tiempos tiende á sacar á los diferentes individuos de la vida estrecha del egoísmo, para fundirlos en una gran comunidad de fines y de intereses. Si hubiera yo de definir las aspiraciones de reforma social de nuestra época con una frase técnica jurídica, diría que se pretende, bajo la coacción educativa del Estado, transformar los diligentes padres de familia en otros tantos hombres honrados.

LIII

CONSENTIMIENTO DEL PERJUDICADO POR LA ACCIÓN ILÍCITA

Fácil nos sería someter á una crítica análoga á la hecha todo el capítulo del Proyecto que habla de las relaciones de obligación, derivadas de acciones ilícitas. Voy, sin embargo, á limitarme á tratar del ya citado § 706 del Proyecto, que por sí solo nos permite reconocer con claridad, el especial cuidado que los intereses de la propiedad inspiran, y como no se tienen en cuenta para nada los bienes personales de las masas, quedando así de manifiesto todo el espíritu de parcialidad del actual derecho de obligaciones.

El § 706 del Proyecto dice lo siguiente: «Si el perjudicado se conforma con la acción dañosa, no tiene derecho al resarcimiento.» Esta disposición no reviste ninguna importancia, mientras se trata

de un daño en los intereses patrimoniales, porque merced al asentimiento del perjudicado, pierde aquél el carácter por virtud del cual es contrario al derecho. Pero según los Motivos (II, 730), el causante del daño deberá quedar exento de toda obligación en cuanto al resarcimiento, «cuando la acción fuese ilícita y punible, á pesar del consentimiento: v. gr., en el caso de mutilación para sustraerse á la obligación del servicio militar, ó bien en caso de asentimiento del muerto» (Cód. pen., §§ 142 y 216). Del propio modo que el Código penal del Imperio, para que se pueda imponer el mínimum de la pena señalada en el § 216 al homicida, presupone, no sólo el asentimiento del muerto, sino «su explícita y formal demanda,» así no cabe rechazar que un asesino sea eximido (§ 211, Cód. pen.) de la obligación de resarcir los daños, merced al asentimiento del asesinado.

Los autores del Proyecto toman demasiado al vivo, en ulteriores desenvolvimientos de los Motivos, lo de que el asen-

timiento prestado para consumar los crímenes más graves, sea un acto válido en el respecto del derecho civil y que dé origen á importantes consecuencias jurídicas. «El consentimiento, dicen los Motivos (II, 730), es un acto jurídico unilateral, y por ende requiere plena é ilimitada idoneidad para los negocios por parte del que lo presta» (§§ 64, 65 y 75 del Proy.) En su consecuencia, la muchacha menor de edad que se quiera dejar matar por su amante, debería pedir la aprobación del representante legal (padre ó tutor) para eximir del resarcimiento (§ 65 del Proy.) de daños al asesino ó matador. Si la joven se encontrara bajo la potestad de un tutor, sería (§§ 1.647 y 1.669 del Proy.) necesitaría la aprobación de la autoridad pupilar. Supongo que los trágicos alemanes no desaprovecharán este sorprendente efecto, y así en la tragedia del porvenir veremos que la protagonista sostiene en sus crispadas manos, además de las memorias de su breve ensueño de amor, la licencia de los Tribunales.

Y no se diga que en casos tales se trata de un acto inmoral, ya que al quitar del medio las consecuencias del derecho privado, se aumenta notablemente la incitación al delito. Porque una de dos: ó la adhesión á un delito es un hecho que en derecho se estima como ofensivo contra las costumbres, y entonces no debería tener efecto alguno, ni el consentimiento de las personas mayores de edad para que se realice un daño en sus bienes personales (§ 106 del Proy.), ó bien este consentimiento no se considera como una acción inmoral, y en ese caso ni el representante legal, ni la autoridad pupilar, pueden negarse á dar su aprobación cuando el caso se ofreciese oportunamente.

La verdadera causa de todo este contrasentido hay que buscarla en el derecho relativo á los contratos. Cuando el patrono puede ejercer su derecho, según ya vimos, aunque sea perjudicando la vida, el cuerpo, la salud, las fuerzas, el honor y la moralidad del obrero, semejante facultad no cabe fundarla, más que

en el supuesto de que el servidor se haya conformado con la lesión que se infiera á sus bienes personales. Si, pues, la conformidad con un perjuicio en los bienes personales, manifestada en la relación contractual, exime de toda obligación de indemnización, síguese lógicamente que debe aplicarse idéntico criterio jurídico con referencia á las acciones ilícitas. Las absurdas consecuencias, no obstante, que se derivan de este criterio jurídico, muestran cómo en el importantísimo respecto político-social de las relaciones derivadas de los contratos, la protección de los bienes personales de las clases pobres es insuficiente.

Desde el punto de vista de las opiniones sostenidas en este respecto, la recta interpretación del § 706 del Proyecto no puede menos de suscitar dudas. Este párrafo debería redactarse de un modo análogo al siguiente: «Si el que ha experimentado un daño en los bienes, ha consentido en la acción perjudicial, no tendrá derecho alguno á indemnización. Si se tratase de un daño causado á la vida,

al cuerpo, á la salud, á las fuerzas, al honor ó la moralidad, el consentimiento del perjudicado no tiene efecto alguno legal, con respecto á la obligación del que hubiere causado el daño de resarcir el daño patrimonial y de dar una equitativa indemnización en metálico. Por lo demás, será nulo el contrato en el cual se renuncie á este derecho antes de haberse producido el daño.»

CAPITULO V

EL DERECHO HEREDITARIO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PARA El IMPERIO ALEMÁN

LIV

LAS TRES FORMAS FUNDAMENTALES DE LA SUCESIÓN HEREDITARIA (LA AGLOMERACIÓN HEREDITARIA FORZOSA, LA DIVISIÓN HEREDITARIA FORZOSA Y LA LIBERTAD TESTAMENTARIA)

El derecho hereditario es una institución aristocrática en que las clases pobres apenas participan, teniendo las ricas una participación relativamente limitada. Las clases pobres, esto es, la gran mayoría de la nación, tienen un interés indirecto en el derecho hereditario, únicamente en cuanto todo régimen de la sucesión hereditaria, que favorezca la aglomeración de la riqueza en manos de

pocos, aumenta el número de los pobres, y, por consiguiente, hace que su vida sea cada vez peor. Para nuestro objeto, nos bastará hacer algunas observaciones acerca del asunto.

Las tendencias aristocráticas del derecho hereditario, surgen con toda claridad de aquellas legislaciones según las cuales, después de la muerte del poseedor de un patrimonio, debe éste pasar á una persona dada, de ordinario al primogénito, con exclusión de todos los demás miembros de la familia. Esta disposición contribuye á provocar el antagonismo de pobres y ricos en el seno mismo de las familias de los ricos. El patrimonio dejado se transmite á un hijo solo, sin que el mismo que lo deja pueda, por disposición de última voluntad, hacer nada en contra; los demás se convierten en proletarios, ó cuando menos, pasan á figurar como de las clases inferiores de la población. Este régimen de la sucesión hereditaria puede llamarse sistema de la *aglomeración hereditaria coactiva ó forzosa (zwangsweisen Erbvereinigung)*.

El sistema de la aglomeración hereditaria forzosa, no se refiere de ordinario á todo el patrimonio del poseedor que muere, sino á ciertas partes del mismo que tienen una grandísima importancia social y económica. El ejemplo más conocido en este respecto es el fideicomiso familiar, cuya substancia consiste en que el patrimonio fideicomisable *(Fideikommissvermögen)* por disposición de la ley, pase á ser propiedad de un solo miembro de la familia, ordinariamente del hijo mayor, del poseedor del fideicomiso —mayorazgo,—al efecto de que se pueda sostener el brillo y lustre de la familia. Las principales disposiciones de la sucesión hereditaria por fideicomiso, aplícanse, sobre todo, á las grandes masas de bienes inmuebles rurales: la tendencia aristocrática inclínase, bajo una forma velada, al derecho hereditario rústico por nacimiento. Teniendo en cuenta que con el sistema de que hablamos, sobre todo cuando se aplica bajo una forma dada respecto de los bienes rurales comunes, los hijos desheredados pasan en

masa á las clases pobres y hacen á éstas la vida más difícil, resulta que el referido sistema debe ser considerado como una de las formas del derecho hereditario, más desfavorables para las clases pobres del pueblo.

La segunda forma del derecho de sucesión hereditaria, es el sistema de la *distribución hereditaria forzosa.* Según esta forma, el patrimonio del difunto se divide por la ley entre sus hijos, y á falta de éstos entre los parientes que siguen en proximidad, sin que el causante pueda cambiar tal sucesión hereditaria mediante disposición de última voluntad. Este sistema tampoco se refiere de ordinario á todo el patrimonio del difunto, sino á una parte mayor ó menor del mismo. Es el verdadero y propio sistema popular hereditario, porque procura mantener lejos de las clases pobres, que tienden siempre á multiplicarse con exceso mediante procreación excesiva, á lo menos los desheredados de las clases ricas.

La Convención francesa, que con el derecho de familia reformó el hereditario,

vió muy bien las cosas. Según sus leyes [1], todo ciudadano con hijos podía disponer de la décima parte; en los demás casos, sólo podía disponer de una sexta parte del patrimonio: el resto debía dividirse, según aquellas leyes, entre los herederos legítimos, especialmente entre los hijos del difunto causante, sin conceder privilegio alguno. En el derecho francés actual, la libre disposición del patrimonio por el testador es la excepción todavía, constituyendo el régimen de la división hereditaria forzosa—legítimas—la regla general (Cód. civ., arts. 913 y siguientes). En los demás sistemas del derecho, la idea del régimen de la división coactiva se afirma ampliamente mediante el derecho de las legítimas (porción legítima).

Entre los dos sistemas hereditarios expuestos, señálase una tercera forma de

(1) Ley de 5 Brumario, año II (26 Oct. 1793), artículos 9.° y 11; ley de 17 Nivoso, año II (6 En. 1794), arts. 9.° y 16; ley de 22 Nivoso, año II (11 En. 1794), art. 6.°

sucesión, que es la *libertad testamentaria*. Consiste lo esencial de este último sistema, en que el testador decide por última voluntad del destino de su patrimonio. Ahora la libertad de testar puede ser interpretada de dos modos.

En primer término, en el sentido de que la libre disposición del testador se debe considerar como ley general, y la sucesión legítima como excepción, sometida en su conjunto á la voluntad del difunto. En este caso, al fijar el legislador la sucesión legítima, no se propuso más que revelar la voluntad presunta del testado; hace la sucesión legítima las veces de un testamento general, que el legislador redacta en lugar del testador mismo, para los casos en que éste no hubiere otorgado testamento. Por el contrario, puede considerarse como forma regular de sucesión la legítima, que el testador puede derogar por disposición de última voluntad, cuando fuere oportuno. Ambas interpretaciones acarrean, en el supuesto jurídico, distintas conclusiones esenciales; sin embargo, desde el punto de

vista de los efectos sociales, esta diferencia no tiene importancia alguna.

Aun cuando sean grandes las diferencias que separan los sistemas del derecho sucesorio en los diversos países, en virtud del predominio de una de las tres formas fundamentales, la vida económica de los pueblos no experimenta por esto todo aquel influjo que los jurisconsultos y economistas suelen afirmar. En Francia impera, aun hoy, el principio democrático de la división hereditaria legítima, mientras Inglaterra posee un derecho hereditario aristocrático basado en la libertad de testar, y no obstante, ambos países han alcanzado el máximum en su desenvolvimiento económico. La vida económica sabe adaptarse muy pronto á las diferentes formas jurídicas. La forma del derecho hereditario, en cambio, ejerce un influjo decisivo sobre la estratificación de las clases sociales frente á la nación y sobre las relaciones entre las clases ricas y pobres; en suma, sobre todas las condiciones sociales. Si el Estado es casi impotente ante los grupos y los

intereses sociales existentes, bien puede determinar libremente dentro de ciertos límites, mediante el derecho hereditario, las condiciones sociales del porvenir.

LV

POSICIÓN DEL PROYECTO ALEMÁN ANTE ESTAS FORMAS FUNDAMENTALES

Buscando ahora en qué relación está el *derecho hereditario del Proyecto alemán* con las indicadas cuestiones, podemos decir que los redactores del Proyecto se proponen, en definitiva, conservar inalterables las condiciones actuales. Mientras en todo lo demás han llevado á un rigor extremo de dureza las ideas legislativas que redundan en perjuicio de las clases pobres, en lo referente al derecho hereditario adviértese cierta atenuación.

El derecho hereditario contenido en el Proyecto, se funda indudablemente en la

doctrina de la *libertad testamentaria.* El heredero—dice el § 1.751 del Proyecto—puede ser designado por el testador (institución de heredero). Cuando el difunto no hubiere instituído heredero, ó bien si la institución resultase nula, se aplica la sucesión legal. De donde se infiere que los redactores del Proyecto quieren que la libre disposición sea la regla originaria, y la sucesión por ministerio de la ley, una consecuencia sometida al respeto debido á la voluntad del testador (véase, sin embargo, Mot., V, 2). El testador puede disponer del destino de su herencia sólo por una generación, porque la sustitución hereditaria no puede verificarse más que una vez (§ 1.812 del Proy.), y si el testador ha nombrado diversos herederos sustitutos, este nombramiento se hace nulo, ocurrida que sea la primera sucesión sustituída.

La doctrina de la libertad testamentaria en que el Proyecto se funda, resulta, sin embargo, ampliamente modificada por el sistema de la *división hereditaria forzosa*, puesto que el testador está obli–

gado á dejar á determinados parientes, cuando menos, la mitad del valor de su porción hereditaria legal (porción legítima—*Pflichtteil)*. Las personas á quien, según el Proyecto, corresponde la porción legítima, son los hijos y los demás descendientes del testador, y, en su defecto, á sus padres y al cónyuge. El derecho de la porción legítima no establece un derecho á una cuota correspondiente de las partes de que se compone el patrimonio dejado, sino el derecho de percibir el valor en dinero determinado de un modo dado (§§ 1.975, 1.976 y 1.986 del Proyecto).

Según el Proyecto, debe persistir, sin modificación en su extensión actual, el sistema de la *aglomeración hereditaria coactiva* ó forzosa—y he aquí el tercer punto.—Según la ley de introducción (art. 35), continúan invariables las disposiciones de las leyes territoriales relativas á las instituciones del derecho alemán, que en nuestro tiempo realizan la idea del indicado sistema, esto es, los fideicomisos, los feudos, pudiendo en lo

futuro dictarse leyes particulares en los Estados sobre estas instituciones jurídicas.

Los fideicomisos, feudos y mayorazgos están, sobre todo, destinados á conservar el lustre y posición de las familias nobles; estas instituciones no perjudican, á lo menos directamente, á las clases pobres por el hecho de que los desheredados pasen á clases inferiores. Es mucho más importante, en cambio, para las clases pobres, la sucesión de los bienes rurales comunes, consuetudinaria, porque á las clases pobres de los campos afluyen por ella todos aquellos elementos que han sido excluídos de la copropiedad de los bienes paternos, por la aglomeración hereditaria forzosa. La institución jurídica que sirve á tales tendencias aristocráticas es, en nuestra época, el derecho hereditario de los mayorazgos rurales, forma muy particular de sucesión rural, en que el régimen de la sucesión aglomerada forzosa, aparece combinada con la más amplia libertad testamentaria.

Las leyes regionales acerca del dere-

cho de sucesión por mayorazgos rurales, vigentes en algunos de los Estados federados, continuarán vigentes bajo el régimen del Código civil. Según la ley de introducción (art. 83), continuarán rigiendo las prescripciones de las referidas leyes regionales, por las que, cuando hubiese varios herederos para un trozo de terreno que forme parte de la herencia al servicio de la explotación rural ó forestal, uno de los herederos predeterminados, puede exigir de los demás coherederos que al distribuirse el patrimonio se le ceda á él, con sus anexos, mediante indemnización de su valor respectivo. En el concepto legal del derecho hereditario por mayorazgos rurales, la idea de la división forzosa se distingue bien claramente: el heredero por razón de nacimiento tiene derecho á que el fundo, que es por lo común la parte más importante del patrimonio hereditario, le sea cedido á él solo.

Con esta idea capital se enlaza el sistema de la libertad testamentaria, en cuanto que la ley de introducción (art. 83)

dispone que no se prive al propietario del inmueble del derecho que le corresponda por las leyes regionales, á excluir ó limitar, por disposición testamentaria, el derecho de sucesión, por razón de nacimiento legítimo. El propietario, pues, no sólo puede disponer del inmueble libremente por actos intervivos (Mot. de la ley de intr., pág. 216), sino también ordenar por testamento la división del fundo. Si no lo hiciere, entra á regir el sistema de la aglomeración hereditaria forzosa, bajo la forma de derecho hereditario legítimo. Por otro lado, el heredero legítimo obtiene el fundo á un precio inferior á su valor verdadero; valuando el fundo, se pueden perjudicar los derechos á las porciones legítimas de los coherederos, aun cuando la legítima importe, sin esto, sólo la mitad de la porción hereditaria legal (arts. 84 y 85 de la ley de intr., y Mot., pág. 217). En breves términos, el derecho hereditario legítimo, mayorazgo rústico, es una institución jurídica que se apoya en el egoísmo de las familias de la población

rural, y en el horror que experimentan por la erección de disposiciones de última voluntad, logrando así la conservación de la libertad de comercio respecto de los bienes rurales, á la vez que consigue los efectos substanciales de la aglomeración hereditaria forzosa.

LVI

CRÍTICA DE LA POLÍTICA SOCIAL ARISTOCRÁTICA

Los *elementos aristocráticos de un pueblo*, los cuales deben su posición privilegiada al apoyo favorable de la legislación, tienen la tendencia á ampliar respecto de todas las clases las normas que sirven de fundamento á su propia posición social. Toda aristocracia real que tiene conciencia de sus propios fines, debe, en primer lugar, avivar el sistema de la aglomeración hereditaria forzosa en sus propias familias, y dar forma y des-

envolver la institución jurídica más vigorosa para el caso, cual es la llamada fideicomiso familiar *(Familienfideikommiss)*. La aristocracia intentará además aplicar esto á los bienes rurales, pudiendo servir como forma de transición indeterminada el derecho sucesorio por razón de nacimiento. Esta misma aristocracia aspira, en las industrias, al régimen de las corporaciones más ó menos exclusivistas, mediante las cuales el derecho de ejecutar trabajos industriales por cuenta propia, resulta, en virtud de disposiciones legales, concedido tan sólo á ciertos patronos ó maestros privilegiados. En suma: si los elementos aristocráticos de una nación conocen suficientemente el contenido substancial de las relaciones sociales de potencialidad, deberán asegurar y defender sus posiciones tan privilegiadas como en peligro, de modo que tiendan á dar, con el auxilio de la legislación, un reflejo de la posición social que ocupan entre las más importantes clases de la sociedad.

Aun cuando todas estas reglas están

determinadas por la orientación natural de las aspiraciones aristocráticas, sería, sin embargo, un error, en que á menudo se ha caído, calificarlas como un programa social-cristiano. En mi concepto, están en contradicción con el Cristianismo. Cristo se ha propuesto una misión puramente religiosa, no teniendo por esto programa social. De los discursos y palabras que la tradición nos ha conservado de Cristo, se desprende una profunda simpatía por los pobres y una aversión resuelta hacia los ricos (Mateo, 19 y 24). Cristo ha dicho ser más fácil que un camello pase á través del ojo de una aguja, que no que un rico penetre en el Paraíso; siendo ésta la más terrible condena de la riqueza que jamás han pronunciado los labios de un fundador de una religión. Como el programa aristocrático tiende precisamente á crear artificialmente ricos y pobres en todas las clases sociales, bien puede asegurarse que Cristo lo hubiera rechazado.

Este programa aristocrático, unido á la legislación sobre la tutela de los obre-

ros y sobre el seguro obligatorio, constituyen, sobre poco más ó menos, las medidas que en la ciencia alemana se llaman hoy con el nombre de reforma social. En toda casta se pretende garantir un puesto á su grupo en el gran banquete de la naturaleza, sin tener en cuenta que la gran mayoría llama en vano á la puerta del salón donde el festín se verifica. Preténdese, en verdad, que mediante reglas jurídicas positivas, los privilegiados de todas clases obtengan una renta sin trabajar, ó por lo menos un ingreso bien alto; pero olvidando que los preteridos caen en el proletariado, dificultando á éste más y más la vida. A pesar de todo, el proletariado constituye, en nuestros tiempos, una casta que, en punto á organización interna, igualdad de situación y paridad de fines, no cede á las más altas clases sociales, y por esto precisamente puede procurarse, con entera razón, aquellos elementos con que las clases altas pretenden conservar su brillo y su capacidad.

Con dificultad la ciencia alemana se

hubiera adherido de un modo general á la política social aristocrática, á no partir de la idea de que ella es necesaria para la conservación de la Monarquía. Pero semejante idea es un error, ó mejor aún, un viejo prejuicio. En nuestra época, la Monarquía tiene más bien un supremo interés en combatir la política social aristocrática, que en apoyarla con su influencia.

Mientras las luchas internas de los pueblos europeos recaían únicamente sobre ideales políticos, la Monarquía tenía un gran interés en favorecer la formación y la conservación de los grandes rendimientos capitalistas. Y así no fué cosa difícil atraer para la causa monárquica los propietarios de semejantes capitales, especialmente la gran aristocracia; al propio tiempo, sin embargo, todo el partido socialista, que entonces se hallaba coligado con la gran renta capitalista, fué atraído á la esfera de los intereses dinásticos. Por este motivo aconsejaban á la Monarquía todos los conservadores políticos, con Edmundo Bur-

ke á la cabeza, que favoreciese á la aristocracia de sangre, la que en el pasado siglo representaba, casi exclusivamente, las grandes rentas obtenidas sin trabajar.

Quien quiera que sepa ver á través de los velos de las nebulosidades diplomáticas y parlamentarias, advertirá que el verdadero impulsor del movimiento histórico universal moderno, consiste en una lucha entre ricos y pobres, entre trabajo y renta obtenida por el capital sin trabajar. A la hora presente, los grandes rentistas capitalistas no se pueden considerar como un sostén de la Monarquía; observación ésta cuya exactitud resultará cada vez más clara, á medida que progrese el movimiento socialista. Por lo demás, aunque la lucha entre ricos y pobres supere, por su importancia, á los antagonismos políticos del pasado y del presente, la Monarquía no corre verdadero peligro por la lucha de los partidos economista y socialista. La Monarquía encuentra realmente por tal modo los fundamentos de una acción mediadora, cuyos primeros principios pueden ya vislumbrarse.

Ante todo, un bien entendido interés de la Monarquía exige que se impida la continua exaltación de los antagonismos sociales, con el fin de ganar el tiempo necesario para transformar, poco á poco, el régimen jurídico en pro de las clases sociales bajas. Acentuando progresivamente el programa aristocrático, sin remedio tendrán que aglomerarse alrededor de las clases privilegiadas, masas de pobres descontentos cada vez mayores. Si supusiéramos por un momento que la política social aristocrática, se acentuaba prácticamente por entero, la gran masa del pueblo se vería privada, no sólo de la propiedad, sino también de todo mejoramiento de su situación, por los caminos de las leyes. La experiencia nos enseña que de las condiciones desesperadas de las masas populares, surgen, de seguro, grandes revoluciones. Con mucha razón el gran florentino escribía sobre la puerta de su infierno, no sólo el dolor, la pasión, sino también la desesperación, para expresar la más tremenda de las amenazas. ¡Es preciso evitar á todo

trance que á la pobreza de las masas se sume la desesperación!

Estas ideas resultarán útiles, aun fuera del Código civil, en el campo propio del derecho público, sobre todo con relación á la industria y á la política social. En el respecto del derecho civil, se debería tender, principalmente, á restringir el régimen de la aglomeración hereditaria forzosa. Bastaría para ello declarar que el libro quinto del Proyecto es el régimen hereditario válido para todas las clases sociales, á diferencia de lo que hoy pasa mediante la ley de introducción, toda vez que hace que resulte ineficaz la mejor parte del derecho hereditario contenido en el Proyecto. Confieso, sí, que una medida tal tendría un carácter muy radical; pero quien no atienda sólo á los intereses de algunas clases dadas, sino á los de todo el orden social, debe reconocer que es justa.

Lo menos, por otro lado, que se debería pedir en interés de un pacífico desenvolvimiento de nuestro orden social, es que la legislación del Imperio se opusiese

á la extensión continuada de la aglomeración hereditaria forzosa. Sería, pues, preciso establecer, ya sea mediante el Código civil, ya por la ley de introducción, que en lo futuro no se puedan instituir nuevos fideicomisos, ni dictar nuevas leyes sobre el derecho hereditario forzoso absoluto, por razón de nacimiento. La legislación del Imperio debería atenuar también, con respecto á los fideicomisos y mayorazgos, el antagonismo entre las clases privilegiadas y no privilegiadas. Por su carácter predominante jurídico no es posible tratar con más detalles aquí la cuestión: sólo advertiremos que el Imperio debería establecer que fuesen los herederos del fideicomiso autorizados para pretender, en cierto orden, un decisivo arreglo con el propietario del mismo, y los coherederos del heredero único legítimo, para exigir de éste su porción legítima íntegra, sin falsearla con anticipos ni valuaciones arbitrarias.

LVII

LÍMITES DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA—LA HERENCIA ABANDONADA

El plan acariciado por algunos socialistas consiste en querer introducir un nuevo régimen social, mediante la supresión del derecho hereditario. Realmente es una gran idea la de atenuar y facilitar el paso á nuevas formas de la existencia civil, dejando á los propietarios temporales el goce de su patrimonio y aplicando el nuevo orden de cosas sólo á las generaciones futuras, que crecerán bajo el influjo de las nuevas ideas. Quien, no obstante, contemple el régimen jurídico como un conjunto de relaciones permanentes de potencialidad, no podrá menos de reconocer, que el derecho hereditario, no es más que una extensión de la propiedad privada más allá de los límites de la vida humana, y por tal motivo

la suerte de estas dos instituciones fundamentales no puede separarse, ni ser distinta.

Mas aunque sea conservando la libertad testamentaria, todavía se pueden restringir de algún modo los *límites de la sucesión legítima*. Muchos escritores, que por lo demás sostienen el punto de vista del régimen jurídico vigente, se han decidido en favor de una restricción de la sucesión hereditaria legítima. El Proyecto alemán, á pesar de todo, ha tomado también aquí los rumbos preferidos por las clases altas, las cuales, por su eminente posición, pueden mantener también la memoria de remotas relaciones de familia. En defecto de una disposición de última voluntad, el Proyecto llama á heredar, en primer lugar, á los hijos del difunto (primera línea); luego á sus padres y descendientes (segunda línea); luego á los abuelos y sus descendientes (tercera línea). Después la cuarta, quinta, sexta, etc., sin señalar un límite legal en cuanto á los bienes de derechohabientes de la herencia (§§ 1.965 á 1.969

del Proy.) No sería una gran exageración de las consecuencias jurídicas de tal sistema, presuponiendo que un cristiano, con la Biblia en la mano, podría pedir la entrega de una herencia abandonada, por descender del padre común en condiciones de toda la humanidad.

Los Códigos que admiten la sucesión legítima hasta los más remotos grados de parentesco (v. gr., hasta la sexta línea), ó, como hace el Proyecto, sin señalar límite, se fundan propias de otros tiempos en que las familias, de la ciudad ó del campo, vivían estrechamente unidas durante siglos. Estas condiciones las encontramos hoy, hasta cierto punto, á lo sumo, en la aristocracia y en la alta burguesía. En las clases medias y bajas, en cambio, como consecuencia del mejoramiento de los medios de transporte, del engrandecimiento de las ciudades, aumento del militarismo y de la burocracia, y por otros motivos, se han verificado grandes emigraciones por los diferentes países, que después de algún tiempo han borrado la conciencia de la fami-

lia. Si ahora se quisiera ordenar la sucesión legítima manteniendo el punto de vista de tan amplios círculos sociales, se podría reconocer como herederos á lo sumo la tercera línea (abuelos del muerto, sus tíos, sus tías y sus descendientes).

Parten, ciertamente, los Motivos (véase 366) del punto de vista según el cual, en la sucesión de los parientes no se trata de la conciencia de la familia como un conjunto, sino más bien de la consanguinidad directa ó indirecta. Pero desde el momento en que se considera la sucesión legítima como un testamento formulado por el legislador, suponiendo la probable última voluntad del muerto, cuando no hubiese por sí testado, ¿cómo prescindir de la indicada conciencia? Por lo demás, estimando la sucesión legal como una forma regular de herencia, no se puede desconocer que la semejanza física é intelectual de los consanguíneos, en las clases medias y bajas, disminuye en los grados lejanos del parentesco con más rapidez que en las clases aristocráticas, que á veces conservan el tipo de

familia durante siglos, todo ello á causa de la gran diferencia de posición y de ocupaciones. Al fijarse los Motivos del Proyecto en la consanguinidad, como base de la sucesión por afinidad, lo han hecho únicamente con el objeto de disimular su opinión aristocrática respecto á la sucesión legítima. El Proyecto no se avergonzó de negar á los hijos ilegítimos, todo derecho hereditario respecto de sus padres y familias respectivas (Mot., V, página 359), dando así clara prueba de su pensamiento por el que la más estrecha consanguinidad, no basta para fundar el derecho hereditario, cuando éste correspondiese á individuos de clases sociales bajas.

Suponiendo que la sucesión se limitase á la segunda ó á la tercera línea, la *herencia abandonada* aumentaría de un modo notable. Según el Proyecto (§ 1.974), debería ésta pasar al Fisco del Estado federado á que pertenecía el difunto en el momento de su muerte. Los Motivos no han intentado sentar más detalladamente este derecho de sucesión, que en

varios sentidos parece bien extraño: á los autores bástales con que se aplique. Difícil sería, por lo demás, aducir suficientes razones en pro del referido derecho del Tesoro. Con respecto á la herencia sin dueño, se ofrecería con mayor frecuencia que con relación á las cosas sin dueño, el caso de que los bienes hayan sido acumulados con rentas de capitales obtenidos sin trabajo por el difunto ó por sus antepasados: este caso constituiría probablemente la regla general. Por lo cual sería muy justo que la herencia, que por la muerte del último poseedor, y á falta de herederos legítimos, se encuentra fuera del régimen de la propiedad, volviese de nuevo á las clases trabajadoras, que son las que han debido contribuir á formar los bienes de que consta. El modo de efectuar prácticamente semejante idea, se ha indicado ya en otro capítulo de este trabajo (XXXIV).

LVIII

LAS FORMAS TESTAMENTARIAS

Como el régimen de las sucesiones del Proyecto alemán tiene un carácter fuertemente aristocrático, sobre todo por las disposiciones excepcionales y por la ley de introducción, ocurre que las disposiciones formales del derecho hereditario, se encuentran reglamentadas de conformidad con las necesidades de las altas clases sociales. Voy á tratar únicamente de las formas de los testamentos y de la ejecución hereditaria según el referido Proyecto.

En primer lugar, por lo que á las *formalidades de las disposiciones de última voluntad* se refiere, deben ajustarse, según el Proyecto (§ 1.914), á las solemnidades del derecho notarial. El testamento verbal y el escrito privado, no serían válidos en lo porvenir en toda Alemania;

tampoco tendrían validez los llamados ológrafos, aunque tales testamentos sean admitidos sin grave perjuicio en Austria y en Francia (Mot., V, 257). La ley no renuncia á la forma testamentaria judicial ó notarial, ni aun cuando el propietario de un fundo resulte obligado por la ley al otorgamiento de un testamento para excluir, fundado en el derecho hereditario rural, la sucesión aristocrática (Mot. de la ley de intr., 216 y 217).

No debe, sin embargo, olvidarse que todo asunto jurídico para el que el legislador señala, sin necesidad alguna, solemnidades complicadas y costosas, se convierte por esto sólo, en un privilegio de los ricos y de las personas ilustradas. Sin duda que, como con razón advierten los Motivos (V, 257), la forma judicial ó notarial de los testamentos servirá para asegurar más y más su contenido; pero esta ventaja resultará útil únicamente para las clases elevadas de la sociedad, mientras se privará nuevamente á las clases bajas, en gran parte, de la libertad testamentaria, á causa de las

muchas formalidades exigidas. La población rural además, dado su escaso desenvolvimiento intelectual, otorgará testamentos en forma judicial ó notarial en raros casos, por lo que, en aquellos países en que existe el derecho de sucesión rústica, se impondrá como normal, en gran parte, la sucesión aristocrática. Considerando ahora las consecuencias sociales de semejante estado de cosas (véase LVI), se puede muy bien afirmar que las disposiciones del Proyecto relativas á la forma judicial de los testamentos conexas con los excepcionales de la ley de introducción relativas al derecho de sucesión rural, influyen bastante más sobre la existencia de las clases pobres, que otras instituciones económicas que son causa, en primer lugar, de su mísera condición. Y sin embargo, á primera vista se podría sostener que las disposiciones legales relativas á la forma del testamento, sólo tienen un mero carácter jurídico, sin guardar relación alguna con los intereses de las clases pobres.

El Proyecto, parcialísimo con respec-

to á las formalidades testamentarias, no lo es menos con relación al procedimiento de *ejecución hereditaria, esto es, al modo de transferir la herencia á las personas de los herederos derechohabientes*. Antes he indicado (XII) que si el Estado quiere restablecer en los litigios civiles, en cierto modo, la igualdad entre pobres y ricos, debe intervenir ampliamente de oficio. Esta indicación es mucho más exacta con respecto á los llamados procedimientos de la jurisdicción honoraria, en cuya esfera el Estado ejerce hasta ahora una actividad oficial demasiado extensa. El objeto más importante de estos procedimientos consiste en el derecho privado, por virtud del cual se regula la sucesión temporal de los hombres y el paso de su propiedad—alcanzando por lo mismo al derecho de familia y al hereditario (Cons., XIII).—Debe recordarse también que, respecto al derecho de familia, el Estado moderno desenvuelve una actividad oficial bastante amplia, determinando de oficio el estado de familia de los ciudadanos mediante el Registro

civil, y dando curso hasta cierto grado de oficio, á las relaciones jurídicas del derecho de familia en el caso en que fuese objeto de litigio ó cuestión.

Según el Proyecto, el Estado deberá permanecer pasivo ante la transmisión del patrimonio de una generación á otra, del propio modo que no se ocupa con todas las demás contiendas civiles. No deberá, pues, verificarse ninguna ejecución hereditaria judicial, normalmente. Sólo en muy pocos casos, cuando, por ejemplo, el heredero fuese desconocido, incapaz ó estuviese ausente, debería el juez proveer de oficio para atender á la seguridad de la herencia, mientras fuese necesario (§ 2.058 del Proy., y Mot., V, 541).

El testador puede, por otro lado, encargar á un ejecutor testamentario, la transmisión práctica de la herencia á los herederos, así como zanjar las cuestiones que entre éstos surgieran (§§ 1.889 y siguientes del Proy.) Los ricos tendrán siempre ejecutores testamentarios á su disposición, capaces de practicar las diligencias que la ejecución testamentaria

impone: faltando una intervención judicial, las herencias de los pobres quedarán, con seguridad, abandonadas. Sería, pues, preciso que las leyes regionales dispusieran que los notarios están obligados á funcionar de oficio como ejecutores testamentarios concedido ya esto en la ley de introducción (art. 90), con lo que las herencias de los pobres resultarían con todos los beneficios y ventajas que hemos señalado en otra parte, con respecto á lo contencioso (XI).

Si no se quiere ofender demasiado la igualdad de ricos y pobres, se debe disponer, siguiendo las huellas de la legislación austriaca, con la cual concuerda, en cierto modo, el derecho de algunos Estados federados, que los Tribunales deben proceder á la ejecución hereditaria de oficio, esto es, á la transmisión efectiva de la herencia á los herederos presuntos (Cons., ley de intr., arts. 88 y 89, y Mot., 230 y siguientes). Por lo demás, no se prescindiría del cuidado de los intereses de las mismas clases ricas, disponiendo que la intervención ofi-

ciosa del Tribunal deba verificarse únicamente cuando el testador no hubiese nombrado por su cuenta testamentarios, porque designado un ejecutor práctico, se está en condiciones de realizar una rápida y perfecta ejecución hereditaria (§ 2.058, II, Proy.)

LIX

OBSERVACIONES FINALES. — NECESIDAD DE UNA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

Seguramente que no pocos lectores habrán llegado hasta aquí con el deseo de formular una pregunta. Dirán acaso: ¿puede admitirse que el Proyecto de Código civil para el Imperio alemán favorece con espíritu de parcialidad á las clases ricas, posponiendo á los pobres, en aquellos respectos en que por las ideas fundamentales de nuestro régimen del derecho privado no fuese necesario hacerlo? ¿Pero

se ha procedido nunca de otro modo? El derecho romano y el germano, en que se funda nuestro derecho civil, ¿no han tratado á las clases pobres con mayor dureza, con más parcialidad? ¿Qué *modificaciones se han verificado en las relaciones de potencialidad* de las dos clases del pueblo para justificar una transformación tan profunda de condiciones antiquísimas como la que se exige en el presente trabajo?

No cabe desconocer que entre los romanos cuyo antagonismo entre libres y esclavos, corresponde casi á las relaciones que median entre ricos y proletarios en nuestro régimen social, el rigor y el espíritu de parcialidad eran más duros. Los romanos, sin embargo, eran suficientemente perspicaces, y estaban dotados del espíritu lógico necesario, para sacar de aquel estado de cosas las naturales consecuencias. La gran masa de los esclavos romanos no tenía ninguna cultura intelectual, no tomaba parte en la dirección del Estado, y cuando se trataba de defender á la patria, salvo raras

excepciones, los libres eran los que salían al campo. La superioridad intelectual, política y militar de los ciudadanos romanos libres, era pues tan clara y cierta, que, á pesar de las revueltas, la esclavitud ha podido durar hasta la decadencia de la civilización romana. Semejante estado de cosas ha persistido durante toda la Edad Media, y en nuestros tiempos hasta bien entrado el siglo XVIII.

Desde el siglo XVIII la situación ha cambiado completamente. En Alemania se ha introducido la obligación general de la instrucción escolar; en Francia, durante la gran Revolución, se introdujeron el derecho de sufragio y la obligación universal de las armas, instituciones que, más ó menos modificadas, se extendieron por todo el mundo civilizado. Estas tres instituciones democráticas han cambiado las relaciones sociales de potencialidad en favor de las clases pobres, aun cuando, merced á la lentitud del desenvolvimiento social, no se hayan manifestado todavía todas las consecuencias de tal cambio. Y no hay duda: con todo

esto, ha llegado también el momento, para nuestro decrépito derecho privado, el cual ha mantenido su inmovilidad hasta ahora en medio de un mundo de cambios; es necesario que siga la corriente al lado de las demás instituciones del movimiento popular de nuestros tiempos. Precisamente lo que yo he hecho en el presente trabajo, es intentar una determinación de los ideales á que debe inclinarse una transformación popular del derecho privado.

Nuestros padres y nuestros abuelos hallábanse compenetrados casi exclusivamente con los ideales políticos: la proclamación de una Constitución con un buen número de derechos fundamentales políticos constituía, para aquella época, un acontecimiento que se imponía, dominándola, á la vida intelectual de una generación entera. Hoy, en cambio, lo que conmueve los ánimos es principalmente la condición social de las masas populares. Ahora bien: tal condición depende en gran parte de la naturaleza de la legislación civil. Por este motivo los estadis-

tas de Alemania y de otros países no deberían considerar el desenvolvimiento del derecho civil como una tesis propia sólo del jurisconsulto de profesión y que deba resolverse únicamente desde el punto de vista jurídico. Por otro lado, es preciso no confiar demasiado en el influjo mitigador de la legislación social, cuyos beneficiosos efectos se pueden extender, por la misma naturaleza de las cosas, tan sólo á clases sociales relativamente restringidas, siendo así que un Código civil establece las condiciones sociales de todos los ciudadanos. Un Código civil dominado por el espíritu de parcialidad, que diariamente constriñe á todas horas á los Tribunales á ser injustos con las clases pobres, debe acabar por desesperar á éstas. Y he ahí por qué, prescindiendo de muchos escrúpulos, me he decidido á criticar el Código civil alemán desde el punto de vista de las clases pobres. ¡Ojalá que la nación alemana pueda sacar algún beneficio de esta exposición!

FIN

ÍNDICE

Páginas.

Páginas.

CAPÍTULO II

EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PARA EL IMPERIO ALEMÁN

Páginas.

CAPÍTULO III

EL DERECHO DE LAS COSAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PARA EL IMPERIO ALEMÁN

CAPÍTULO IV

EL DERECHO DE OBLIGACIONES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PARA EL IMPERIO ALEMÁN. —DERECHO RELATIVO Á LAS OBLIGACIONES.

CAPÍTULO V

EL DERECHO HEREDITARIO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL PARA EL IMPERIO ALEMÁN

OBRAS DE ADOLFO POSADA

	Pesetas.
Principios de Derecho político. Introducción.......	7,50
TRATADO DE DERECHO POLÍTICO.—I. *Teoría del Estado.* —II. *Derecho constitucional comparado.* — III. *Guía para el estudio y aplicación del Derecho constitucional de Europa y América.* Los 3 tomos.	15
Se vende suelto el tomo III á................	3
TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *según las teorías filosóficas y la legislación positiva.*—I. *Introducción. La función y la organización administrativas.*—II. *Sistema social y jurídico de los servicios administrativos. El procedimiento.* Los dos tomos..............................	15
Programa de elementos de Derecho político y administrativo español..........................	2
El parlamentarismo..........................	1,50
El régimen parlamentario en España............	0,50
Introducción al Derecho administrativo............	5
Administración política y administración social....	5
La enseñanza del Derecho en las Universidades.....	2
Ideas pedagógicas modernas, con un prólogo de *Clarín*..............................	3
Teorías modernas acerca del origen de la familia, de la sociedad y del Estado.................	2
L'evolution sociale en Espagne (1894-95)...........	1
L'evolution sociale en Espagne (1896)............	1
Theories modernes sur l'origen de la famille, de la societé et de l'Etat, trad. franc. (en preparación la trad. ital.)............................	6
El amor y el sexo. Cartas sobre la educación de la mujer, en colaboración con D. U. G. Serrano.....	1

TRADUCCIONES

La lucha por el derecho, de Ihering, con un prólogo de L. Alas (Clarín).........................	2
Cuestiones jurídicas, de Ihering.................	5
Teoría de la posesión.—I. *El fundamento de la pro-*	

Pesetas.

tección posesoria, versión española con notas.—II. *La voluntad en la posesión*, de Ihering: dos volúmenes.................................. 10

Prehistoria de los indoeuropeos, de Ihering, traducción con un *Estudio preliminar*................ 8

La criminalidad comparada, de G. Tarde, con prólogo y notas.................................. 4

Las transformaciones del Derecho, de G. Tarde, con prólogo y numerosas notas...................... 6

La ciencia social contemporánea, de A. Fouillée, con prólogo y numerosas notas...................... 8

La educación y la herencia, de J. M. Guyau, con un estudio preliminar.............................. 8

La legislación penal comparada, de Listz.......... 21

EN COLABORACIÓN CON D. ADOLFO BUYLLA

La quinta esencia del socialismo, de A. Schäffle, con notas.. 2

Principios de política, de F. Holtzendorff, con estudio preliminar y notas.......................... 8

Tratado de las pruebas, de F. Ricci, con notas..... 20

EN PRENSA

El Derecho constitucional en la América latina. (Exposición histórico-crítica de las Constituciones de las Repúblicas hispano-americanas.)

Principios de sociología (análisis de los fenómenos de Asociación y de Organización social), por Franklin E. Giddings: trad. de la tercera edición inglesa.

EN PREPARACIÓN

Feminismo. (Problemas del feminismo.—Progresos del feminismo.—Condición jurídica de la mujer en España.)

Pedagogos de acción.

El sistema de la Sociología. (Exposición y crítica de las ideas sociológicas modernas.)

cas.—Anomalías sociales.—Degenerados.—Delincuentes.—Borrachos.—Hipnotismo.—El tratamiento de los locos.—El manicomio.—Curación del loco, etc., etc.—Madrid, 1895: un tomo en 8.°, 4 pesetas.

España.—Tratado práctico del testamento ológrafo.—Madrid, 1896: un tomo en 8.°, 1,50 pesetas.

García y Romero de Tejada.—El libro del jurado.—Prontuario teórico-práctico para la más fácil y acertada aplicación del Código penal á los delitos de que conocen los Tribunales populares.—1894-97: dos tomos en 4.°, 23 pesetas.

González de Castejón.—Lecciones de Derecho natural, por el Catedrático de esta asignatura en la Universidad Central, Don Francisco Javier González de Castejón y Elío, Marqués del Vadillo.—Madrid, 1898: un tomo en 4.°, 12 pesetas.

Goodnow.—Derecho administrativo comparado. Análisis de los sistemas administrativos de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania.—Madrid, 1897-98: dos tomos en 4.°, 14 pesetas.

Gómez Acebo y Cortina (D. José) y **Díaz Merry** (D. Ricardo).—Diccionario general de jurisprudencia contencioso-administrativa.—Colección, por orden alfabético de materias, de todas las sentencias dictadas en asuntos contencioso-administrativos, desde la creación del Consejo de Estado hasta 1888 inclusive.—Madrid, 1889: un tomo en 4.°, 18 pesetas.

Giner (D. F.) y **Calderón** (D. A.)—*Resumen de filosofía del Derecho.*—Contiene este resumen de los principales problemas de la filosofía del Derecho: un preliminar relativo al conocimiento usual del Derecho; una introducción referente al concepto, enciclopedia, fuentes y método de la filosofía del Derecho, y las partes general, especial y orgánica de esta ciencia. En la parte general se trata del concepto del Derecho, sus esferas, relaciones, categorías y elementos, y de la vida jurídica. En la especial estúdianse las divisiones del Derecho, como derecho de la personalidad y de los fines, y, por último, en la parte orgánica se investiga el Estado, especialmente como Estado del individuo.—Madrid, 1898: tomo I, en 4.°, 7,50 pesetas. Tomo II, en prensa.

Heffter.—Derecho internacional público de Europa. Traducción de Gabino Lizárraga. Un tomo en 4.°, 8 pesetas.

Janet.—La familia, lecciones de filosofía moral. Obra premiada por la Academia francesa, traducida por el Dr. Luis Marco.—Madrid, 1897: un tomo en 4.°, 5 pesetas.

Lozano.—Interpretación del art. 811 del Código civil y reserva del ascendiente y del cónyuge viudo, por el Abogado Don Cristóbal Lozano Sicilia.—Madrid, 1898: un tomo en 4.°, 3 ptas.

Manual del Abogado y del funcionario judicial, con una extensa introducción sobre el concepto, fundamento é historia de la abogacía. Contiene nuevos estatutos de los Colegios de Abogados, disposiciones de las leyes orgánicas, Código civil, penal, Justicia militar, Leyes de enjuiciamiento civil y criminal, del Jurado, de lo Contencioso, del Timbre, Impuestos, Ordenanzas de los Jurados, Audiencias y Tribunal Supremo, etc., etc., por la Redacción de la *Revista de los Tribunales.* —Madrid, 1895: un tomo en 8.°, tela, 4 pesetas.

Manresa y Navarro.—Comentarios á la ley de Enjuiciamiento civil, reformada conforme á las bases aprobadas por la ley de 21 de Junio de 1880, publicada para la Península por Real decreto de 3 de Febrero de 1881, y para las islas de Cuba y Puerto Rico por el de 25 de Septiembre de 1885, con los formularios correspondientes á todos los juicios.—Madrid, 1881-97: seis tomos en 4.°, 66 pesetas.

— Comentarios al Código civil español.—Madrid, 1890-98: cinco tomos en 4.°, 51 pesetas. Tomo VI, en prensa.

Marqués del Vadillo.—Lecciones de Derecho natural. (Véase González de Castejón.)

Melgar y Abreu.—Tratado de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, con un prólogo del Excmo. Sr. D Francisco Silvela.—Madrid, 1889: un tomo en 8.°, 6 pesetas.

Novoa Seoane.—El progreso del instrumento público. Compendio de ciencia y arte de Notaría. Guía teórico-práctico-notarial, etc., etc.—Madrid, 1898: un tomo en 4.°, 10 pesetas.

Pulido.—La pena capital en España, por D. Angel Pulido Fernández, de la Real Academia de Medicina.—Madrid, 1897: un tomo en 8.°, 2 pesetas.

Ramella.—Tratado de la correspondencia en materia civil y mercantil, seguido de un estudio referente á la legislación española, por Lorenzo Benito.—Madrid, 1898: un tomo en 4.°, 8 pesetas.

Repertorio de los Juzgados municipales, ó sea compilación metódica y práctica de cuantas disposiciones legislativas, fundamentales y complementarias necesitan conocer los jueces, fiscales y secretarios, con aclaraciones y formularios de todas clases, por A. M. L., publicado por la *Revista de los Tribunales.*—Madrid, 1897: un tomo en 8.°, 6 pesetas.

Riquelme—Elementos de Derecho público internacional, con explicación de todas las reglas que, según los tratados, estipulaciones, leyes vigentes y costumbres, constituyen el Derecho internacional español.—Madrid, 1875: un tomo en 4.° de 520 páginas, 6 pesetas.

Sánchez Ocaña.—Reglamento de policía minera, anotado y

concordado con la vigente legislación general de minas, y con las leyes y reglamentos de Belgica, Francia, Italia y demás países mineros de Europa, etc., etc.—Madrid, 1897: un tomo en 4.° mayor, 2,50 pesetas.

Serrano de la Pedrosa.—El derecho del pataleo, la política. —Madrid, 1894: un tomo en 8.°, 2 pesetas.

Vademecum del estudiante de Derecho.—Novísimo manual que contiene las contestaciones á los programas de todas las asignaturas de la carrera.—Madrid, 1896: un tomo en 8.°, 7 pesetas.

Vitali (Dioscórides).—Manual de Química toxicológica, por el Dr. Dioscórides Vitali, Profesor de Química farmacéutica y de Toxicología, Director de la Escuela de Farmacia de la Universidad de Bolonia, y traducido con la mayor corrección por el sabio Académico D. Vicente Martín de Argenta. El libro se divide en dos partes: la Toxicología química general y la Toxicología química especial.—Madrid, 1895: un tomo en 4.° de 600 páginas, 10 pesetas.

Viada y Vilaseca (Ilmo. Sr. D. Salvador).—Código penal reformado de 1870, concordado y comentado para su mejor inteligencia y fácil aplicación, y cuestiones prácticas extractadas de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, sentencias dictadas en materia de casación criminal desde 1870 á 1887, y de la jurisprudencia francesa, en los casos no resueltos aún por la nuestra, con un Apéndice con las leyes penales especiales de contrabando y defraudación, ferrocarriles, montes, caza y pesca, etc., etc., anotadas y comentadas con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cuarta edición. —Madrid, 1890-91: cuatro tomos en 4.°, 50 pesetas; en pasta, 8 pesetas más.

— Suplemento primero á la cuarta edición: contiene todas las cuestiones y casos prácticos, quinientas sentencias en los años 1887 á 1889. Segunda edición.—Madrid, 1894: un tomo en 4.°, 10 pesetas.

— Suplemento segundo: comprende los años 1889 á 1893.—Madrid, 1894: 12 pesetas.

— Suplemento tercero, 1898: comprende 1893 á 1898: 12 ptas.

— Cuadros sinópticos que comprenden la graduación completa de las distintas combinaciones de penas que existen en el Código penal reformado de 1870 y en el de 1879, mandada publicar y observar en Cuba y Puerto Rico por Real decreto de 23 de Mayo del propio año.—Madrid, 1881: un tomo en 4.°, 7 pesetas.